LA

DOTTRINA GIURIDICA DEL FALLIMENTO

NEL

DIRITTO PRIVATO INTERNAZIONALE

MEMORIA

DELL' AVV.

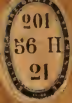
GIUSEPPE CARLE

PREMIATA

DALLA R. ACCADEMIA DI SCIENZE MORALI E POLITICHE DI NAPOLI

nel Concorso dell'anno 1870

NAPOLI

STAMPERIA DELLA R. UNIVERSITÀ

1872

LA

DOTTRINA GIURIDICA DEL FALLIMENTO

NEL

DIRITTO PRIVATO INTERNAZIONALE

MEMORIA

DELL' AVV.

GIUSEPPE CARLE

PREMIATA

DALLA R. ACCADEMIA DI SCIENZE MORALI E POLITICHE DI NAPOLI

nel Concorso dell' anno 1870.

Omnes gentes et omni tempore una lex
et sempiterna et immortalis continebit.

CICERO. — *De Repubblica.*

NAPOLI

STAMPERIA DELLA R. UNIVERSITÀ

1872

A

NICCOLA ROCCO

CHE COLLE OPERE

COI GIUDICATI E COL PUBBLICO INSEGNAMENTO

INIZIÒ E PROMOSSE A LARGHI E GENEROSI PRINCIPII

IL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

IN ITALIA E NEL MONDO CIVILE

QUESTA MEMORIA

ONORATA DI PREMIO DALLA SOCIETÀ REALE DI NAPOLI

REVERENTE DEDICA ED INTITOLA

L'AUTORE.

LA

DOTTRINA GIURIDICA DEL FALLIMENTO

NEL

DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

INTRODUZIONE STORICA

> Occasiones vero legum, tempora et causae, quae maxime aperiunt sententiam earum, omnia eruuntur ex historiis.
>
> GRAVINA — *De originibus juris.*

Fra la vita degli individui e la vita dei popoli è agevole ravvisare questa somiglianza, che, come la vita degli individui può tutta riporsi in una lotta continua fra l'egoismo e l'amore del prossimo, così la vita delle nazioni può tutta riassumersi in una lotta costante fra l'interesse particolare d'una sola nazione e quello generale di tutte. Il grande problema, che si proposero i politici di tutti i tempi, fu sempre quello di cercare, se, per avvantaggiare il proprio stato, fosse meglio danneggiare gli altri o cooperare con essi. Tale questione si agitò nei rapporti politici e nei rapporti economici dei varii Stati, nelle relazioni fra gli individui appartenenti a diverse nazioni, e in tutte le altre parti del diritto internazionale.

Che se poi si investighi nella storia il modo in cui si venne risolvendo nelle varie epoche e dai diversi popoli, il gravissimo

problema, sarà facile il vedere i popoli partire da una condizione di cose affatto lontana dall'attuazione del diritto; ma coll'andar del tempo, dapprima quasi inconsapevoli, poscia spinti dal sentimento del proprio vantaggio (1), venir sempre avanzandosi, come nelle altre parti del diritto, così anche nei principii che reggono i rapporti internazionali. Giunge poi un'epoca, in cui i popoli, al pari degli individui, stanchi di camminare alla cieca e sotto l'impulso della propria utilità, sentono il bisogno di assorgere a quei sommi principii del diritto, che non mutano coi tempi e coi popoli, ma hanno virtù propria ed intrinseca, indipendente dall'attuazione che siasene fatta nel corso delle generazioni e dei secoli. — Quest'epoca giunge tanto per il diritto privato, quanto pei rapporti internazionali, con questa differenza però, che, siccome l'esplicazione dell'uomo individuo precede quella dei popoli, così l'epoca filosofica e razionale del diritto privato dee necessariamente precedere quella del diritto internazionale.

È questa la ragione, che se vi ha parte di legislazione, che ci porga manifesta testimonianza del progresso del diritto, si è quella che contempla le relazioni internazionali, perchè, essendosi queste assai tardi sviluppate, la storia ha potuto tramandare la memoria del loro nascimento, e della loro successiva esplicazione. Quindi è, che nello studio di qualsiasi parte del diritto internazionale, ragione e storia debbono ajutarsi a vicenda. Mentre da una parte la sola ragione ne spingerebbe bene spesso a combinazioni ideali, che non rispondono alla realtà dei fatti, dall'altra la

(1) L'utilità non è il fondamento del diritto, come pretendono gli utilitari, ma bensì un mezzo, di cui si vale la Provvidenza per condurre gli individui e i popoli all'attuazione del diritto. — *Utilitas non est caussa iuris, sed occasio fuit, per quom homines, natura sociales et originis vitio divisi, ad celebrondam suam socialem noturam raperentur.* Vico, *De uno et universo iuris principio.* Milano, 1835, vol. III, pag. 26.

sola storia mal potrebbe somministrare qualsiasi norma razionale e scientifica.

Nei popoli antichi, così dell'Oriente che dell'Occidente, prevale dapprima il sentimento della propria conservazione a quello del proprio perfezionamento. Essi quindi si concentrano in sè stessi, l'individuo scompare nella famiglia e questa è assorbita dalla città, e i varii popoli compariscono nella storia gli uni isolati dagli altri. Di rado essi vengono in relazione fra di loro; ma, quando si incontrano, è quasi sempre per guerreggiarsi ed osteggiarsi a vicenda, cosicchè la vita loro isolata, più che dalla navigazione e dal commercio, viene ad essere interrotta dalle guerre. Queste prima sembrano essere guerre di sterminio e di devastazione, ma poscia si mutano in guerre di conquista; per cui un popolo, che sia giunto a maggior coltura degli altri, loro la comunica o qual vincitore o qual vinto. Questo spirito di conquista signoreggia tutta l'antica età; ed è, a causa del medesimo, che presso i popoli antichi lo straniero non solo è privo dei diritti civili, i quali sono un privilegio dei soli cittadini, ma è considerato ancora come un nemico, e l'ospitalità soltanto consacrata dalle religioni, ordinata per legge o indotta per necessità, viene a renderne più mite il trattamento (1).

(1) Laurent, *Histoire du droit des gens*, tom. I., chap. I. Se tale è il carattere dei popoli dell'antichità, non è però a credersi che fra essi mancasse qualsiasi traccia di diritto internazionale. Già presso i popoli antichi, e segnatamente presso i Greci ed i Romani, trovasi un complesso di regole e di convenzioni protettrici dei diritti dell'umanità, che attenuano e scongiurano talora gli orrori della guerra, e che in quella vita attiva e feconda di rivalità, in cui si agitano gli Stati del mondo antico, inducono e prolungano benefiche tregue. Sia pur vero, che queste pratiche internazionali, anzichè derivare dal riconoscimento d'un vincolo giuridico fra le varie nazioni, consistano invece in un insieme di riti re-

È inutile pertanto il ricercare presso i popoli antichi norme giuridiche, che governino i conflitti fra le varie legislazioni.

Il diritto primitivo di Roma stessa, che presentò per la prima all'umanità la scienza del diritto privato, tutela il solo Quirite e ne esclude ogni altro, onde conseguita, che pei Romani il diritto di cittadinanza è il supremo di tutti, compendia quello di libertà e di famiglia, e chi non ha cittadinanza non ha capacità giuridica.

Ma coll'estendersi della dominazione romana sorge a lato dello stretto diritto civile un altro principio, che viene in lotta col medesimo e gli disputa il campo in ogni argomento. Esso è il principio dell'equità, che, dapprima incerto e mal sicuro s'appiglierà solo a finzioni; ma col tempo, divenuto sicuro di sè, percorrerà vittorioso il campo del diritto e recherà ovunque le proprie modificazioni. Le interpretazioni dei giureconsulti, gli editti dei pretori, le costituzioni degli imperatori saranno le forme diverse, che questo principio verrà assumendo, accomodandosi ai tempi, ai costumi, al reggimento politico, e dopo una lotta di molti secoli, e una serie successiva di molte piccole vittorie sullo stretto diritto civile, questo verrà trasformato nei copiosi e sapienti volumi dei giureconsulti compendiati poi da Giustiniano nel corpo del diritto civile.

È in virtù di questo principio che si comincia ad accordare allo straniero una certa partecipazione ai diritti civili. Ma ciò non può

ligiosi, di precetti politici, o di consuetudini imposte dalla necessità; ciò proviene da che il diritto internazionale, al pari di qualsiasi altra parte del diritto, non poteva sorgere compiuto e perfetto, ma rozzo e feroce nei suoi primordii, religioso e formalistico dappoi, doveva a poco a poco seguire la via del progresso, come tutte le altre istituzioni giuridiche. — Eggér, *Études sur les traités publics chez les Grecs et chez les Romains*. — Hautefeuille, *Histoire du droit international maritime*. Paris 1858, p. 83. Pochintesta, *Del diritto decemvirale*, cap. XII.

farsi d'un tratto: la trasformazione sarebbe troppo grave e repentina, e mal s'accorderebbe coll'indole romana, e quindi l'individualità dello straniero si mantiene ancora distinta da quella dei cittadini; i *Latini*, i *Peregrini*, i *Latini-Juniani* sono altrettante gradazioni della capacità giuridica dello straniero; la costituzione stessa di Caracalla o di Antonino Pio non esclude compiutamente queste gradazioni che solo scompaiono con Giustiniano (1).

Per quello che si attiene alla legge da applicarsi alle relazioni giuridiche dello straniero, dapprincipio non dovette esservi norma certa; ma allorchè, coll'estendersi delle conquiste e del traffichi, d'accanto allo stretto diritto civile, si venne determinando un *jus gentium* informato ai principii generali d'equità, dovette essere questo *jus gentium* che il *praetor peregrinus* era chiamato ad applicare alle relazioni giuridiche fra stranieri e fra cittadini e stranieri (2).

Quando poi la trasformazione dello stretto diritto civile venne ad essere compiuta, quasi tutto l'universo allora conosciuto si trovò ridotto a provincia romana; ed essendo rarissimi i commerci coi popoli non ancora sottomessi, è facile il comprendere perchè nel corpo del diritto civile siano pochissimi i frammenti relativi ai conflitti fra le varie legislazioni (3).

(1) Dig. L. 5. *de statu hominum.*—Cod. *de nud. iur. quir.*, lib. 7. tit. XXV.—Ortolan, *Histoire de la legislation romaine*, pag. 296.

(2) Savigny, *Traité de droit romain*, trad. Guenoux, t. VIII. § 356. p. 84. — Warkoenig, *Histoire externe du droit romain*, p. 75. — Puctha, *Corso delle instituzioni*, trad. Turchiarulo, Vol. I., p. 107.

(3) Parecchie leggi, che si citano in questa materia contengono piuttosto principii di diritto civile, e servono a risolvere i conflitti fra le leggi dei Municipii che componevano l'impero, e a determinare la competenza.— Savigny, op. e t. cit., § 356, p. 78.—*Romani iurisconsulti*, scriveva già l'Ubero, *non sunt idonei hujus doctrinae auctores : nec enim usquam illi de conflictu diversarum*

Intanto la civiltà antica, che toccò il suo apogeo e fu diffusa per opera del popolo romano, è esausta: i principii, a cui s' informa, hanno dato tutto ciò che da essa potevasi aspettare: l'impero romano ha in sè i germi della propria ruina: la sua stessa immensità l'uccide ed è necessario che crolli per lasciare il suo posto ad una civiltà nuova, che, insinuandosi a poco a poco, dovrà rinnovare l' aspetto del mondo. Di questa si fa iniziatore il Cristianesimo, che incomincia col vecchio ordine di cose una lotta lunga, in cui ora sembra prevalere ed ora soccombere, nella quale è però facile ravvisare i suoi continui trionfi (1). L' impero, vulnerato così nei principii che avevano cooperato ad innalzarlo, riceve un ultimo crollo dalle invasioni barbariche.

I Barbari invasori, anzichè sterminare la nazione vinta, si mescolano e si confondono con essa. Di quì una confusione di razze e una molteplicità di consuetudini e di legislazioni, le quali fanno sì che ciascun popolo conservi rispettivamente i propri costumi e le proprie leggi (2). I Barbari ignorano il concetto di Stato, ma hanno per contro altamente impresso il sentimento della perso-

legum vel statutorum agunt. Quia enim populi romani imperium per omnes mundi tum cogniti partes erat diffusum et commercia cum Barbaris raro exercebantur, diversitas legum ex diversitate imperiorum nullam ibi molestiam creabat. — De jure civitatis, lib. III. Sect. IV., Cap. I. N. 15.

(1) Troplong, *Influence du christianisme sur le droit civil des Romains.*

(2) Sclopis, *Storia della legislazione italiana*, vol. I, pag. 67. Torino, 1836. — È celebre a questo riguardo la legge promulgata da Lotario Augusto: *Volumus ut cunctus populus interrogetur quali lege vult vivere, ut tali quali professi sunt vivere velle, vivant.* — Il Muratori attesta che la personalità delle leggi era riconosciuta anche in materia di successioni, e cita la legge 46 di Pipino, che stabilisce: *Sicut consuetudo nostra est, Romanus vel Longobardus si evenerit quod causam inter se habeant, observamus ut Romani successionem eorum juxta legem suam faciant. Et alii homines ad alios similiter. — Antichità italiane.* Milano, 1846, vol. I, p. 407. Diss. XXII.

nalità individuale: per essi il diritto che regge l'individuo è quello della razza a cui appartiene, e ciò non solo quanto alle persone ed ai beni, ma per tutte le relazioni giuridiche e per gli stessi delitti.

Contuttociò si è dalla fusione di queste razze barbariche, così gelose custodi della propria libertà individuale e delle proprie legislazioni, che debbono riconoscere la propria origine gli Stati moderni.

La trasformazione è lunga, ed è sotto il reggimento feudale, che si prepara la fusione delle razze molteplici. L'individuo si incorpora al suolo, ed è il suolo che ne regola tutti i rapporti giuridici, per guisa che se il colono si diparta dal suolo, alla cui coltivazione è ascritto per nascita, potrà essere rivendicato dal suo signore *tanquam jure dominii.*

Intanto la nozione di Stato comincia a formarsi e a svolgersi frammezzo agli stessi sminuzzamenti dell'epoca feudale, e in quest'epoca di formazione tutte le leggi, che erano personali coi Barbari, diventano assolutamente territoriali; nè poteva essere altrimenti, sia perchè, accadendo la fusione delle razze sopra il suolo dalle medesime abitato, essa non poteva essere arrestata, nè impedita da influenza straniera, e sia ancora, perchè tutti i nuovi principii nei loro primordii tendono a tutto invadere e ad escludere affatto gli opposti concetti.

Gli è perciò che i comuni, per quanto ne sia ristretta la cerchia, predominati dal principio di sovranità territoriale, formano altrettanti Stati con leggi proprie e in lotta continua fra di loro (1).

Allorchè poi, sulle rovine dei feudi e dei comuni, sorgono le Monarchie, gelose anch'esse della propria indipendenza, e smaniose di reggersi con un diritto proprio, e senza influenza stra-

(1) Hegel, *Storia della costituzione dei Municipii italiani.*

niera, vengono tutte stabilendo una propria legislazione e proclamano il principio *extra territorium jusdicenti impune non paretur* (1).

Se non che, accanto al rude concetto della sovranità territoriale fin dall'epoca dei Comuni si appalesano altre necessità e nuove forze, che, inducendo una certa uniformità fra le varie legislazioni, e stringendo nuovi vincoli fra gli Stati rendono indispensabili concessioni reciproche quanto all'efficacia delle legislazioni straniere nel territorio dello Stato.

Una di queste cause si è lo studio risorto delle leggi romane, le quali, come più conformi a ragione, più antiche, più atte alle circostanze degli uomini e delle contrade, prevalsero ben tosto agli avanzi delle leggi barbariche, ed occuparono quasi da sole le scuole e il foro (2).

I legisti di tutti i paesi si posero quindi attorno ai monumenti della sapienza romana, ed è nei medesimi che cercarono le norme per risolvere i conflitti fra le varie legislazioni, allorchè la moltepplicità degli Statuti e le relazioni continue fra i Comuni e gli Stati, a causa specialmente dei traffichi, resero urgentissimo di rispondere al gravissimo problema (3).

I due concetti assoluti della *personalità* e della *territorialità* delle leggi più non potevano acconciarsi al nuovo stato di cose; poichè l'uno e l'altro di questi sistemi suppone i popoli in uno stato d'infanzia, e mentre nel primo, non che esservi il concetto di nazionalità diverse, manca perfino un vero ordinamento sociale, nel secondo i popoli hanno un'esistenza propria bensì, ma rivaleggiano fra di loro, e sono nemici gli uni agli altri..

(1) Dig. L. 20. *De jurisdictione.*

(2) Così lo SCLOPIS nell'opera citata, vol. I. p. 60.

(3) *Scissa in infinitas civitates sibi mutuo non subiectas Europa, omni die fit ut negotium alibi inchoatum vel celebratum, alibi effectum habeat, vel judicetur.* HUBERUS, op. cit. e loc. cit.

Di qui la necessità di contemperare i due principii; ed i primi a darvi opera furono i Glossatori, sottili nell'analizzare la legge e nel distinguere le leggi *personali* dalle *reali*. La loro sottigliezza giunge talora fino allo strano ed all'assurdo (1): ma intanto è un avviamento ai veri principii, e la distinzione delle leggi in *personali* e *reali* è già una vittoria sulla *territorialità* assoluta della legge. Trovato così un punto di partenza, è grande il numero e mirabile l'abilità degli interpreti che si posero attorno alla distinzione degli Statuti: Bartolo, Dumoulin, Rodemburg, Boullenois, D'Argentrè, Meyer, D'Aguesseau, Boujer, Ubero, Erzio, i due Voet ed altri illustri posero mano alla difficile opera, definirono le varie specie di statuti, ma non potè esservi accordo che in una cosa, nella difficoltà cioè di farne l'applicazione.

Sopravvenute le Codificazioni, anch'esse non riuscirono a por fine alle controversie ed incertezze dell'antico diritto. Chè anzi, col moltiplicarsi delle relazioni internazionali, le difficoltà si fecero maggiori, e i commentatori dei codici moderni vennero alla conseguenza stessa a cui già erano venuti gli interpreti, alla conseguenza cioè, che, colla distinzione degli statuti, non eravi nella materia alcun principio certo (2).

Di qui il dubbio, che fossero erronei i principii che stanno a base di quell'antica distinzione (3), e fin dal tempo in cui si veniva

(1) Così ad es. i Glossatori fondarono tutta la loro teoria sulla legge *Cunctos populos*. Cod. lib. I., Tit. 1, *de summa Trinitate*, la quale non conteneva che disposizioni su certi punti di fede, e non avea punto che fare colla presente materia.

(2) LAURENT, *Examen critique des statuts personnels et réels* nella Revue de droit international et de legislation comparée. Gand, 1869, p. 244.

(3) Il miglior apprezzamento della teorica degli Statuti è dato dal SAVIGNY (Op. e tom. cit. § 361, p. 122 e 123), e dallo SCHAFFNER, *Diritto internazionale privato*, trad. TENORE, V. Introd.

La ragione dell'insufficienza della teoria degli *Statuti* sta in questo che, sic-

elaborando la teorica degli statuti, già trovansi autori, che cercano di stabilire un nuovo criterio per risolvere i conflitti fra le varie legislazioni.

Basti, fra gli antichi, il ricordare l'Ubero, che più di tutti assurgeva a vasti concetti.

Dopo avere premesso che la materia, già per se stessa difficile, era stata resa complicatissima dalle dissertazioni di eruditissimi giureconsulti (*difficilem materiam eruditissimi jurisconsulti dissertationibus suis involutiorem magisque perplexam fecere*), egli osserva che il criterio per risolvere i conflitti fra le varie legislazioni non deve già cercarsi nei princìpii del diritto civile, ma bensì nei dettati del diritto delle genti. Partendo da tali principii, dopo avere stabilito due regole indubitate per la risoluzione dei conflitti, ne formola una terza con queste parole: *Summae potestates cujusque reipublicae indulgeant sibi mutuo, ut jura legesque aliarum in aliarum territoriis effectum habeant, quatenus sine praejudicio indulgentium fieri potest* (1). Gli è facile il vedere, come questo principio si allontani affatto dalla base su cui poggia la distinzione degli statuti, e come, svolgendo il medesimo in tutte le sue conseguenze, si dovesse consentire in uno Stato l'applicazione d'una legge straniera anche per gli stabili che ivi fossero situati, purchè non vi si opponessero l'interesse e l'ordine pubblico di quello Stato.

come la legge regola l'attività delle persone nel suo esercizio esteriore sopra le cose che possono servire ai suoi bisogni, così ne viene che quasi non si danno leggi *meramente personali* o *meramente reali*, ma solo leggi in cui può prevalere l'uno e l'altro elemento; ma se poi si riguardi a quest'elemento prevalente, siccome manca una linea esatta di separazione, così è impossibile di giungere a conclusioni certe e precise. Non è quindi maraviglia se l'Erzio esclamasse *in definiendis statutis mirum est, quam sudent doctores* (*De collis. legum* § 4, N. 3).

(1) Op. e loc. cit., N.° 14.

La dottrina dell' Ubero fu posta in dimenticanza o fraintesa, e prevalse lungamente ancora la dottrina degli statuti; ma in questi ultimi tempi si riprese di nuovo il lavoro da lui iniziato, e vi posero mano giureconsulti insigni, come Rocco, Savigny, Schaffner, Mancini, Pescatore, Unger, Laurent. — Nè l'opera può dirsi compiuta: ancora oggidì tutti gli spiriti si travagliano circa il gravissimo tema, e sono ben lungi dall'essere concordi fra di loro, nè il movimento può avere un termine fuorchè in un diritto comune, fondato sulla ragione ed equità, che regga i rapporti di diritto privato fra le varie nazioni, come già vi ha un diritto, che ne governa i rapporti politici (1).

Intanto è da rigettarsi la dottrina di coloro, pei quali le norme del diritto internazionale privato derivano unicamente dalla *comitas gentium*, o dal consenso espresso o presunto delle varie nazioni (2). Nè il diritto individuale, nè il diritto internazionale può ritenersi come l'opera arbitraria degli individui o delle nazioni; esso è una facoltà, non una concessione, e, tanto nei rapporti fra gli individui, quanto in quelli fra le varie nazioni, è la conseguenza diretta dell'autonomia delle varie personalità giuridiche che vengono a contatto fra di loro nella convivenza sociale (3). Quindi è,

(1) È un tentativo di tale natura quello d'una società di giureconsulti inglesi, che richiedendo la cooperazione dei giureconsulti degli altri paesi, formulavano un progetto di codice internazionale. La parte che s'attiene al diritto internazionale privato trovasi tradotta nel *Monitore dei Tribunali* di Milano del 1867 N. 49, p. 1119. — Le assennate osservazioni che poi si fecero a tale progetto dal Conte Sclopis, sono riportate dall'*Archivio giuridico* di Bologna, Vol. I. p. 505. — Non è tuttavia a dissimularsi, che tale progetto in molte parti è ben lungi dal rispondere all'esigenze teoriche e pratiche della materia.

(2) Le varie dottrine poste a fondamento del diritto internazionale privato possono vedersi nello Schaffner, *Diritto internazionale privato*, trad. Tenore. Napoli, 1859, p. 10, e nel Savigny, op. cit. e vol. cit., § 359.

(3) Borsani. *L'uomo e la Società*, pag. 27.

che le convenzioni tanto fra gli individui, che fra le nazioni fissano lo stato del diritto, ma non valgono a crearlo, avendo esso una esistenza propria, indipendente da qualsiasi convenzione. Ciò non toglie però, che le convenzioni internazionali in questa materia, non che utili, siano indispensabili, poichè, senza di esse, il diritto internazionale privato sarebbe abbandonato all'arbitrio ed al dispotismo delle opinioni. Anche qui, come in tutte le altre parti del diritto, la scienza e le convenzioni hanno ciascuna la propria missione. S'appartiene alla scienza di preparare ed affrettare la soluzione pratica circa i conflitti delle varie legislazioni, ponendo in evidenza i veri principii e raccomandandoli ai legislatori. È poi ufficio delle convenzioni internazionali, che fra le nazioni corrispondono alle Codificazioni, di tradurre i principii somministrati dalla scienza in dettati obbligatori fra gli Stati, assicurandone così la applicazione pacifica ed uniforme (1).

(1) BLUNTSCHLI nella *Revue de droit international et de legislation comparée*. Gand, 1870, 1.ere livraison. — Dello stesso autore, *Le droit international codifié*. Paris, 1870.

CAPITOLO I.

PRINCIPII RAZIONALI.

> Si enim gens una leges alterius nullo modo agnoscere vimque illis debitam tribuere vellet, infiniti actus et contractus omni die in irritum cederent, neque commercia mari terraque consistere possint.
>
> Huberus — *De jure civitatis*, lib. III. cap. 1. n. 15.

È un errore il credere, che i veri principii abbiano sempre ad essere prima formolati dalla scienza, per essere poi tradotti nel fatto. Bene spesso l'umanità nel suo progresso tiene una via compiutamente opposta, e ciò avvenne appunto, quanto ai principii che debbono essere a fondamento del diritto internazionale; mentre la scienza si dimostra ancora dubbiosa ed incerta nel formolarli, già si travede nei popoli una tendenza irresistibile alla loro attuazione.

Per verità, nell'epoca attuale è facile lo scorgere come si venga compiendo un doppio lavoro. Da una parte le nazionalità divise e smembrate tendono per un movimento irresistibile a costituirsi in nazione, e a rivendicarsi la propria indipendenza; dall'altra la scienza e l'industria fanno prodigii per riunire tutti i popoli della terra, le distanze scompajono, le relazioni si estendono, i legami fra le varie nazioni si stringono (1).

Quale sia lo stato di cose, in cui si arresterà questo movimento, è problema riserbato all'avvenire, ma intanto da questi due bisogni irresistibili si possono ricavare due concetti: — il primo,

(1) Laurent, *Histoire du droit des gens*, t. X., p. 33.

che le nazioni sono creazione della natura, e non l'opera arbitraria degli uomini, essendo la natura che ne tracciò i confini, che affidò a ciascuna uno speciale mandato da compiere, una speciale idea da rappresentare, e che in ognuna ha impresso così altamente il sentimento della propria indipendenza; — l'altro, che, se la natura vuole le nazioni autonome, non le vuole però le une separate dalle altre. Al disopra delle singole nazioni vi è ancora la società del genere umano, essendo che le singole nazioni non possano da sole giungere a gran splendore di civiltà, ma debbano perciò mettere in comune i loro sforzi, le loro idee, i loro ritrovati, le loro produzioni (1).

Questi due concetti, entrambi veri, debbono essere coordinati fra di loro. Il principio d'individualismo delle singole nazioni, posto qual base unica ed esclusiva del diritto internazionale, condusse al sistema della conquista e poscia a quello dell'equilibrio nelle relazioni politiche fra i varii Stati, al sistema protettore nelle relazioni commerciali, all'albinaggio nei rapporti privati fra i cittadini delle varie nazioni.

Per contro l'esagerazione della solidarietà di tutti i popoli fece assorgere l'ambizione dei potenti e la mente dei filosofi al concetto della monarchia universale, falso anch'esso perchè distruggerebbe e soffocherebbe la vita individuale delle nazioni.

Armoneggiando invece i due concetti, mentre da una parte il principio di nazionalità dovrà presiedere alla costituzione delle nazioni, come il vincolo del sangue alla costituzione della famiglia, e la comunanza d'interessi locali alla costituzione del comune:

(1) *Est enim*, scriveva l'Alighieri, *aliqua propria operatio humanae universitatis, ad quam ipsa universitas hominum in tanta multitudine ordinatur: ad quam quidam operationem nec homo unus, nec domus una, nec vicinia, nec una civitas, nec regnum particulare pertingere potest. — De Monarchia*, lib. I. Cap. IV.

dall'altra il concetto dell'individualismo assoluto, che già dovette soccombere per costituire prima la famiglia, poscia il comune, e per ultimo la nazione, non dovrà parimenti prevalere nelle relazioni fra i diversi popoli. — Il concetto di libertà illimitata e di isolamento, che male s'accomoda all'individuo, non può meglio acconciarsi alle nazioni; nè è a temersi, che in questa cooperazione di tutte le nazioni per il soddisfacimento di bisogni comuni ed universali, esse perdano l'integrità del proprio genio. A quel modo che l'individuo ebbe nulla a perdere ma molto a guadagnare col consorzio civile, così anche ai diversi popoli può essere utile e necessario, ma non mai pregiudizievole il consorzio internazionale (1).

Questi principii che debbono servire di base per la risoluzione dei varii problemi del diritto internazionale, debbono pure essere posti a fondamento del diritto internazionale privato.

In questo, come in tutte le altre parti del diritto internazionale, trovansi di fronte due principii, cioè: — l'autonomia dei singoli Stati; — e la società delle nazioni. Questi due principii non debbono distruggersi a vicenda, ma conciliarsi fra di loro; e il principio supremo per accordarli sta in ciò, che, tanto *il consorzio internazionale, quando il consorzio civile, deve convertirsi nel miglior mezzo possibile per il perfezionamento individuale*. A misura che si accrescono le relazioni fra i varii popoli, l'attività dell'uomo cessa dal poter essere circoscritta nel limiti del territorio d'uno Stato, ma abbisogna d'estrinsecarsi oltre i suoi confini; e quindi tutti gli Stati debbono accordarsi in quei principii che siano più favorevoli all'esplicamento dell'attività individuale.

Posto il principio, ne è facile l'applicazione ai varii ordini di leggi.

(1) Révue Germanique 1858, vol. I., p. 1. — Dollfus, *De l'ésprit Français et de l'ésprit Allemand.*

Ciascuno Stato si ritenga pure autonomo nel proprio territorio; sia pur esso l'unico giudice competente e sovrano nel provvedere, tanto ai suoi interessi generali, quanto agli interessi particolari degli individni e delle famiglie che entrano a comporlo; ma non perciò potrà pretendere d'imporre la propria legge agli individui e alle famiglie che appartengono ad altra nazione.

Il territorio con tutti gli elementi che lo costituiscono, è in certo modo per le nazioni, ciò che è il corpo per l'individuo, uno strumento, un'organo della vita, ed a quel modo, che nell'uomo la costituzione fisica è in armouia colle facoltà intelletuali e morali, così il corpo delle nazioni è in armonia col loro governo e colla loro destinazione. Di qui un'intima correlazione fra i costumi, i gusti, le disposizioni d'una nazione e la parte di terra dalla medesima occupata; la qual corrispondenza intima pur si rivela fra ogni singolo individuo e la nazione a cui appartiene, e risulta da quei mille elementi fisici, intellettuali, morali, politici che costituiscono il vincolo della nazionalità, e danno agli individui e alle famiglie l'impronta della nazione a cui appartengono. — Di qui la conseguenza, che la legge più atta a determinare lo Stato e la capacità delle persone e a regolarne l'attività, è pur sempre la legge della nazione a cui appartengono. Siccome poi il carattere peculiare agli individui d'una certa nazione non si esplica di un tratto, nè, acquistato una volta, vien meno col semplice mutar di domicilio o di residenza, così le leggi della propria nazione debbono in questa parte seguire la persona, ovunque si rechi, finchè non siano spezzati i vincoli che la stringono alla propria nazione (1). Nè questa regola deve venir meno per ciò che si attiene ai

(1) Questa è la ragione per cui credo immeritate le censure che si fecero al Cod. civ. it. per aver data la preferenza alla legge nazionale, anzichè alla legge del domicilio, per ciò che riguarda lo stato e la capacità delle persone, ed i rapporti di famiglia (Disposiz. prelim. art. 6). Fra gli altri il prof. GABBA (*Ann.*

beni immobili e alla libera disposizione di essi: questi, come tutti gli altri beni, intanto valgono in quanto servono alla soddisfazione degli umani bisogni, e quindi, anzichè imporre la propria legge alla persona, debbono invece subir l'impero della medesima.

Se non che, in qualsiasi ordine di leggi, se ne rinvengono di

di *Giurisprudenza*, vol. I., *Rivista*, p. 3, e seg.), impugnò questa disposizione 1.° perchè è *communis opinio* degli autori, specialmente tedeschi, che debba prevalere la legge del domicilio; 2.° perchè il domicilio è la sede stabile della persona, ove essa esercita la maggior parte delle sue manifestazioni, ed acquista abitudini e carattere. Queste ragioni non sono sufficienti, perchè l'opinione del Gabba è ben lungi dall'essere una *communis opinio* e se prevale fra gli autori tedeschi, proviene da ciò che questi rivolgono la loro attenzione ai popoli germanici, fra i quali, essendovi somiglianza e quasi identità di lingua, di costumi, di carattere e di legislazioni, il far prevalere la legge del domicilio non può essere causa di così gravi inconvenienti. Ma trattandosi di popoli d'indole assolutamente diversa, il sostenere che la persona muti la propria legge col semplice mutar di domicilio è strano, come lo sarebbe il sostenere che col mutare di domicilio si trasformano i costumi e le abitudini. — Del resto l'opinione, che combatto, si fonda sull'errore che in materia di stato e di capacità la legge dipenda in certo modo dall'elezione della persona, che, col mutar di domicilio, indichi l'intenzione di volersi sottomettere a un'altra legge. Se questo criterio è giusto e fondato, finchè trattasi di leggi suppletive, con cui la legge non fa che supplire all'intenzione non espressa dall'individuo, è per contro assolutamente falso in materia di leggi che determinano lo stato e la capacità delle persone, le quali non dipendono già dalla scelta delle persone, ma s'impongono alle medesime, e sono uno dei vincoli che stringono la persona alla nazione a cui appartiene, finchè non succeda un cambiamento di nazionalità. — Tutto ciò che può farsi per contemperare le due opinioni, sta nell'appigliarsi al temperamento consigliato dal Westlake (*Revue de droit international*, 1869), che consiste nell'avvicinare i due concetti del domicilio e della nazionalità, concedendo più facilmente la naturalizzazione nello Stato allo straniero che da un certo tempo risieda nel medesimo. Vedasi in proposito Laurent, *Principes du droit civil*, vol. I., p. 127. Gand, 1869.

quelle, che non s'ispirano a considerazioni di utile privato, ma bensì a ragioni d'interesse pubblico, di quelle che rappresentano l'esercizio del potere sovrano, in quanto si impone alle attività individuali per armoneggiarne gli sforzi al comune progresso. Queste leggi si chiamano *d'ordine pubblico*, ed è in esse che si rivela l'autonomia dei singoli Stati, perchè ciascuno è arbitro sovrano di provvedere nel modo, che reputi più conveniente ed opportuno, ai propri interessi generali, e di innalzare certe leggi alla dignità di principii d'ordine pubblico, di morale, di religione, di sicurezza, di conservazione, senza che in questa parte il cittadino d'altro Stato possa invocare l'applicazione della propria legge (1).

(1) Queste leggi son dette *d'ordine pubblico* dal PESCATORE e dal MANCINI, e dal SAVIGNY *leggi positive rigorosamente obbligatorie*. Non è tuttavia a credersi, che con questa distinzione siano risolte tutte le quistioni di diritto internazionale privato. Colla medesima solo si viene a dire che, trattandosi di leggi *d'ordine privato*, l'autonomia degli Stati non si oppone a che in uno stato siano invocate ed applicate le leggi di un'altro, ma punto non si determina quale sia la vera legge da applicarsi: cosicchè questa distinzione, ancorchè profondamente vera, costituisce un criterio più negativo che positivo. Di qui la necessità di assorgere ad un criterio superiore che, come si è detto, deve riporsi nella *coesistenza ed armonia degli individui e delle nazioni, ordinata per guisa che il consorzio civile e l'internazionale siano il miglior mezzo possibile per il perfezionamento individuale*. — Da questo principio consegnita, che nel diritto internazionale privato sono in giuoco e debbono avere la parte loro d'influenza tutti gli elementi costitutivi della convivenza sociale. Deve quindi avervi la propria parte: 1.° *Il vincolo di nazionalità*, poichè trattandosi dello *stato* e *della capacità della persona* e dei *rapporti di famiglia* deve prevalere la legge a cui la persona e la famiglia appartengono; — 2.° *la volontà individuale*, in quanto che, trattandosi di *leggi suppletive*, quali sono in gran parte le leggi sulle convenzioni, deve prevalere la legge della nazione a cui l'individuo ebbe intenzione di sottomettersi; — 3.° *l'autonomia dei singoli Stati*, poichè trattandosi di leggi d'*ordine pubblico* (di *polizia*, di *sicurezza pubblica*, d'*organismo territoriale, o inspirate a un interesse di religione o di morale*), ciascuno Stato ha diritto

Intanto, col progredire della vita di relazione fra i varii popoli, coll'estendersi dei traffichi e col moltiplicarsi degli scambii, vengono rivelandosi, anche fra le varie nazioni, certe necessità universali e comuni, al cui soddisfacimento non bastano le forze di una sola nazione, ma vuolsi la cooperazione di tutte. Così, ad esempio, nella condizione attuale già si rivelarono come bisogni universali e comuni a tutti i popoli l'amministrazione della giustizia, la punizione dei rei, la libertà della navigazione e del commercio. Guai se ogni singola nazione, partendo dal concetto della sua sovranità territoriale, negasse qualsiasi efficacia al giudicato estero, o rifiutasse la consegna dei malfattori rifugiatisi nel proprio territorio, o volesse chiudere i suoi porti al negoziante straniero! Cotesto sistema, che, in materia ove trattasi d'interessi universali comuni a tutto il genere umano, prenderebbe norma dall'individualismo nazionale, tornerebbe in pregiudizio delle stesse nazioni, che vorrebbero adottarlo. Gli è perciò, che in questa parte le nazioni, anche senza riconoscere un principio superiore, che si imponesse all'autonomia dei singoli Stati, vennero tuttavia, sotto l'impulso della propria utilità, rimettendo dell'antica ruvidezza e facendosi concessioni reciproche, sia quanto all'esecuzione dei giudicati stranieri, sia quanto all'estradizione dei malfattori, sia quanto alla libertà della navigazione e del commercio, le quali concessioni reciproche, facendosi sempre più compiute, debbono necessariamente condurre ad un'associazione e cooperazione di

di applicare la propria legge; — 4.° e infine *la solidarietà dei popoli*; poichè, trattandosi di *bisogni e necessità comuni al genere umano*, l'autonomia dei singoli Stati deve cedere per far luogo alla cooperazione di tutti per il conseguimento dell'intento comune. Niuno di questi principii può bastare da solo ad una teoria compiuta di diritto internazionale privato; ma per quanto i medesimi meritino ed abbisognino di un maggiore sviluppo, questo è vietato dallo scopo e dai limiti del presente lavoro.

tutti i popoli per il soddisfacimento di questi universali bisogni.— Il principio superiore intanto consisterà in ciò, che deve esservi, a questo riguardo, un vincolo di solidarietà fra tutti i popoli, acciocchè la disformità delle legislazioni non impedisca ai singoli stati di rendersi il miglior mezzo possibile per il perfezionamento individuale.

CAPITOLO II.

TRANSIZIONE AL FALLIMENTO.

> Coram pubblici commercii utilitatem omnes regulae juris silere debent, quoniam mercatura respicit pubblicam utilitatem, et dicitur quintum reipublicae et mundi elementum.
>
> CASAREGIS, discursus CXLIV. V. 34, 35.

Strumento potentissimo per condurre i varii popoli a questo stato di cose, sono l'industria ed il commercio.

Espressione di universali bisogni, il commercio approfitta delle produzioni e delle scoperte di tutti i paesi, e crea fra tutti i popoli una comunione indefinita di lavori e di profitti. Sotto lo stimolo poi dell'interesse pubblico e privato, il commercio è grande messaggiero di progresso, agevola la diffusione delle nuove idee, e coopera a formare fra tutti i popoli un'armonia d'istinti, di bisogni, di sentimenti.

L'individualismo delle varie nazioni prevalse talora anche nei rapporti commerciali fra i diversi popoli, e dal medesimo non solo si debbono ripetere i sistemi proibitivi, ma ben anco le guerre per la padronanza dei mari, per l'apertura d'un porto, per l'esercizio d'un certo ramo d'industria. Ma il commercio appunto perchè è un vincolo fra tutte le nazioni, non potè sempre essere compreso da simili concetti; i pregiudizii dei singoli Stati furono vinti dall'esperienza, e si cominciò a comprendere che la libertà delle transazioni commerciali, e la comune cooperazione dei po-

poli sono condizioni indispensabili per la prosperità del commercio (1).

Fu questa la ragione, per cui popoli di origine e di razza diversa, affatto dissimili fra di loro nella legislazione civile, hanno tuttavia per le contrattazioni commerciali leggi quasi uniformi. La differenza proviene da ciò, che il diritto civile, regolando rapporti giuridici fra individui appartenenti, il più spesso, allo stesso paese, subì necessariamente l'influenza della religione, dell'ordinamento politico e dello stato di coltura dei diversi popoli: mentre per contro, il diritto commerciale, espressione di universali bisogni, ed avente, come norma suprema, l'interesse del commercio, ebbe fin da principio il carattere d'*universale*, d'*internazionale* e di *uniforme*. — Esso non fu opera di legislatori, nè di giureconsulti, che cercassero d'informarne i precetti sul diritto romano, ma fu opera di commercianti che ebbero a solo loro maestro il bisogno di regolare i loro scambii, e che, in tale intento, trasformarono affatto certe instituzioni del diritto civile, come il mandato, passarono sopra certe prescrizioni del diritto canonico, come sul divieto dell'usura, diedero nuove forme alle associazioni dei capitali ed introdussero nuove istituzioni, come le assicurazioni, la lettera di cambio, il fallimento. Sopravvennero poi le codificazioni, che dalle tavole d'Amalfi fino ai giorni nostri, non fecero che raccogliere le consuetudini già adottate fra i commercianti.

Oggidì poi l'importanza del diritto commerciale viene facendosi sempre maggiore per guisa che cessa dall'essere il diritto esclusivo de'commercianti per diventare comune ad ogni classe di persone. La lettera di cambio, questo titolo di credito, un dì riservato a'commercianti, viene oggidì, in caso di necessità urgenti, in soccorso del proprietario; le società commerciali offrono anche

(1) Del-Bon, *Istituzioni di diritto internazionale*. Padova, 1868, p. 166.

a lui conveniente impiego de'proprii capitali, senza che perciò assuma la qualità di commerciante; le assicurazioni sono un ritrovato utile ad ogni classe di persone. In tal modo questi due ordini di leggi, civili e commerciali, un dì disgiunte fra di loro, per guisa che la consuetudine commerciale doveva sempre prevalere alla legge scritta, vengono sempre più riaccostandosi fra di loro, nel senso, che molte istituzioni, un tempo proprie del diritto commerciale, e riservate a'soli commercianti, diventano comuni a tutti i cittadini, e si insinuano nella stessa legislazione civile (1).

(1) Massé, *Droit commercial dans ses relations avec le droit civil et le droit des gens*. Paris 1861, Preface.

Questa tendenza manifesta del diritto commerciale ad insinuarsi nel diritto civile deve richiamare l'attenzione dei giureconsulti sulla questione, se la distinzione fra le leggi civili e commerciali non manchi per avventura di fondamento. — Se mi sia lecito esporre un'opinione, crederei che il diritto commerciale abbia compiuto, rimpetto al diritto civile, quell'officio stesso, che il *jus gentium* compieva rimpetto al diritto primitivo dei romani. A qual modo che il *jus gentium* cominciò ad esplicarsi a lato del *jus civile*, ed a formare un diritto separato applicabile ai rapporti giuridici fra gli stranieri, e poscia prese ad innovare e finì col trasformare affatto lo stretto diritto civile; così, anche il diritto commerciale sorse per le necessità ed i bisogni del Commercio in tempi, in cui erano soverchie le cautele e le sottigliezze del diritto civile, e mentre gli interpreti attendevano allo studio pressochè esclusivo del diritto romano, e gli scolastici allo studio d'Aristotele, i commercianti, scevri da qualsiasi preoccupazione, creavano, allato al diritto civile, una legislazione, d'origine essenzialmente consuetudinaria, ispirata a nuovi principii. Dapprima gli interpreti ne fecero le alte maraviglie, e vollero ad ogni modo trovare nel diritto romano le vestigia delle nuove istituzioni; ma poscia dovettero ricredersi e sopravenne l'eccesso contrario, per cui si volle trovare una distinzione assoluta fra la legislazione civile e la commerciale. Eletti ingegni cercarono il criterio di distinzione e lo riposero ora nell'intento di speculazione proprio degli atti di commercio, ora in ciò, che le cose mobili soltanto erano *res mercatoriae;* ma il commercio, come per eluderne gli sforzi, estese l'intento di lucro a contratti

Così, per limitare queste osservazioni all'istituzione che deve formare argomento di questo lavoro, il fallimento, secondo i dettati di varie legislazioni, viene nei suoi effetti e nelle sue conseguenze estendendosi pur anche ai non commercianti. Basti a tal uopo ricordare le legislazioni Germaniche che non distinguono fra il fallimento del commerciante e la decozione del non commerciante, ma ammettono per l'una e per l'altra identiche disposizioni e la stessa procedura; — la legislazione della Spagna, ove nel 1855 si pubblicava una specie di codice di procedura civile, in cui molte delle disposizioni proprie e caratteristiche del giudizio di fallimento sono estese alla decozione dei non commercianti; e per ultimo la legislazione Inglese, in cui si ravvisa una tendenza continua ed incessante per avvicinare fra di loro le due istituzioni, finchè con uno statuto della regina Vittoria del 1869, le medesime furono, pressocchè compiutamente, pareggiate fra di loro (1). Nella legislazione francese ed italiana ancora non si scorge questa tendenza; ma le molte complicazioni, gli incidenti interminabili, le spese esorbitanti a cui dà luogo il giudizio di spropriazione, sono considerazioni che dovrebbero richiamare

d'indole essenzialmente gratuita ed agli immobili. Ciò dimostra infondata la distinzione fra i due ordini di leggi; ma essa intanto fu utile, acciocchè i principii nuovi, a cui ispiravasi il diritto commerciale, si mantenessero indipendenti da qualsiasi influenza del diritto civile e potessero così ricevere tutto lo svolgimento, di cui erano capaci. Ora siamo nel periodo, in cui i principii e le istituzioni commerciali vengono modificando e trasformando il diritto civile in quella parte, che formò oggetto del diritto commerciale. (Vedi Precerutti. *Archivio giuridico*. Anno IV. pag. 512).

(1) Montluc, *De la faillite des non commerçants* nella *Revue* cit. — 1869, p. 569. Quanto alla legislazione germanica vedasi il *Processo Civile Austriaco*, cap. IX. *Del processo edittale* ossia *del giudizio di concorso dei creditori* §§ 70, 71, e seg.

l'attenzione dei legislatori sulla questione, se non sia conveniente ed opportuno di farvi sottentrare la semplicità del giudizio di fallimento.

Ma, senza diffondersi più lungamente in una questione che non esce dalla cerchia del diritto nazionale dei singoli Stati, questo però è certo, che è segnatamente nelle relazioni commerciali, ove si rivela urgentissimo il bisogno di risolvere in modo identico per tutte le nazioni i conflitti fra le varie legislazioni. Il commercio, che ha per emporio l'universo, che induce relazioni e corrispondenze fra i cittadini di tutti i paesi, non deve essere inceppato ne'suoi movimenti da ciò, che un commerciante contragga obbligazioni coi sudditi di altro Stato, ma, qualunque sia il luogo ove un'obbligazione è contratta, e a qualunque Stato appartengano i contraenti, vuolsi sapere con certezza, qual legislazione e qual giurisdizione subisca. Nella lentezza ordinaria degli affari civili, il dubbio non può essere sorgente di così gravi danni: ma nel commercio, così celere nei suoi movimenti, così pronto nel trasportare le merci di uno in altro paese, le incertezze circa la legislazione e la giurisdizione da applicarsi ad un certo atto, fanno perdere un tempo prezioso pel commercio, ne arrestano il movimento incessante e possono essere causa di gravissimo danno.

Fu questa la ragione, per cui, anche presso gli antichi fra cui gli Egiziani e i Greci, noi troviamo introdotto pei commercianti l'abbozzo delle istituzioni attuali (1). Fu perciò parimenti, che nei tempi moderni, quando il commercio e segnatamente il commercio marittimo aveva raccolto in uno Stato un certo numero di stranieri, questi, per rendere più equa e spedita la decisione del-

(1) CAUCHY, *Le droit international maritime*. Tom. 1. Chap. III. Paris 1862, pag. 143.

le proprie controversie, sceglievano nel proprio seno un magistrato particolare, che prese poi il nome di *console* (1).

Nei tempi odierni, fra i popoli civili si venne a scambievole confidenza, e si accolse in tutti gli Stati un sistema di guarentigie per la retta amministrazione della giustizia, per cui il commerciante, che trovisi all'estero, più non ha a temere una sentenza ingiusta, perciò solo, che non sia giudicato da giudici suoi connazionali (2).

Intanto però, i conflitti fra le varie legislazioni, i casi in cui si può dubitare quale sia la legge da applicarsi a un atto commerciale, e quale sia la giurisdizione che debba pronunciarsi intorno al medesimo, sono molteplici e frequenti, e l'interesse del commercio vorrebbe, che anche i trattati di commercio provvedessero a questo importantissimo argomento con stabilire certe norme comuni, che, per essere conformi a ragione, possano essere accolte da tutti gli Stati. In questa materia poi gli Stati non debbono già venire in campo coi concetti gelosi ed assoluti della propria indipendenza e sovranità territoriale, ma conviene che l'interesse sovrano del commercio e l'utilità generale dei popoli, che suggerivano al buon senso dei commercianti così utili istituzioni, sia-

(1) Demangeat, *Histoire de la condition civile des étrangers en France*. Paris 1844, p. 178.

(2) Solo è da farsi un'eccezione quanto agli Europei stabiliti nell'Impero Ottomano e negli Scali del Levante che, dietro le convenzioni internazionali, conservano il diritto di farsi giudicare nelle loro contestazioni dai proprii consoli ed ambasciatori.—Gatteschi, *Manuale di diritto Ottomano*. Introd., p. XXXI. Vi fu un momento in cui la Sublime Porta dimostrò di voler porre termine a questa condizione di cose affatto anormale, ma nelle ultime capitolazioni si confermarono, se non si estesero maggiormente, i privilegi accordati agli Europei. — Lawrence, *Commentaires sur Weathon*. Leipsig, 1869, l. I. pag. 123 e 124.

no pur presi a fondamento per risolvere i conflitti fra le varie legislazioni.

Nè ciò deve riputarsi impossibile, mentre è facile scorgere come le materie commerciali siano quelle, in cui i varii Stati inspirati un tempo a un sentimento d'egoismo, vengono ora adottando principii di scambievole soccorso e di solidarietà comune, cosicchè viene ad essere cosa naturale e spontanea, che il commercio, che fu già mezzo potentissimo per riunire tutte le nazioni, cominci esso per il primo a somministrare l'esempio di convenzioni dirette a risolvere i conflitti fra le varie legislazioni.

Se poi vi ha argomento, in cui sia urgentissimo di venire a trattative fra i varii Stati, è quello de'fallimenti, sia per l'importanza grandissima di quest'istituzione nei rapporti internazionali, sia ancora per trattarsi d'un tema, su cui sono divise e molteplici le opinioni degli autori, diverse le leggi e le consuetudini, incerte le decisioni dei magistrati. — La qual confusione della materia devesi principalmente a ciò, che il commercio, mantenutosi nelle altre parti esente dalle sottigliezze del diritto civile, fu tuttavia invaso dalla distinzione degli statuti in *personali* e *reali*. Con questa distinzione in una materia ove l'interesse del commercio doveva essere la regola suprema, si recarono i concetti esclusivi di sovranità territoriale, e alla universalità, che è necessaria nel giudizio di fallimento, si sostituirono altrettanti fallimenti, quanti erano gli Stati, invocando la massima *quot territoria tot patrimonia*. Di qui innumerevoli questioni per determinare, se le leggi sul fallimento costituissero uno *statuto personale* o uno *statuto reale*, e siccome la distinzione mancava di qualsiasi fondamento, così è mirabile la discrepanza di opinioni anche fra coloro che concordano nel dirlo uno *statuto personale* o uno *statuto reale*.

Tuttavia fin dai tempi antichi l'interesse del commercio pre-

valse talora alle distinzioni sottili indotte dagli interpreti, e non mancano autori, che, ispirandosi ai veri principii, sostengano la universalità del giudizio di fallimento. Convengono in tale concetto, fra gli antichi, l'*Ansaldis* ed il *Deluca*, e, fra i moderni, il *Rocco* e il *Savigny* (1), i quali tuttavia sono ben lungi dall'essere concordi fra di loro. Così, ad esempio, il Rocco si eleva bensì al concetto d'un giudizio di fallimento unico ed universale, ma tenta poi d'innestarvi sopra il concetto di *statuto reale*. Il Savigny per contro nella parte dei conflitti fra le leggi dei varii Stati, sembra scostarsi dal metodo essenzialmente storico che informa tutte le opere del grande giureconsulto. Egli travede nella dottrina degli autori, nella giurisprudenza de' magistrati, nelle consuetudini e nei trattati una tendenza progressiva e costante ad una comunanza di diritto (*communauté de droit*), che mira a far risolvere colle medesime norme i conflitti di legislazione presso tutti gli Stati.— Gli è a nome di questa comunanza, che si rivela nella esplicazione successiva del diritto, che, erigendosi non più ad espositore del diritto attuale, ma ad innovatore dell'avvenire, combatte le teorie comunemente propugnate in questa materia. — Gli è a nome parimenti di questa comunanza di diritto, che, secondo il Savigny, viene facendosi strada nella tendenza e nello spirito delle odierne relazioni internazionali il concetto e l'attuazione d' un giudizio di fallimento unico ed universale, scompagnato da qualsiasi distinzione di leggi *personali* o *reali*.

Sarà intanto scopo del presente lavoro il dimostrare come questo concetto sia l'unico che corrisponda all'esigenze teoriche e

(1) ANSALDUS, *De commercio et mercatura*, Disc. XXXVIII, N. 31, 32.—DELUCA, *De credito*, Disc. X, N. 5. — ROCCO, *Dritto civile internozionale*, parte 3ª, cap. 31, Napoli 1859.—SAVIGNY, *Traité de droit romain*, tom. VIII, § 374. — PISANELLI, *Della competenza*, N. 1560, e seg.

progressive di questa materia, e come l'unità ed universalità del giudizio di fallimento, non che essere assunto da relegarsi fra quelle aspirazioni di cui Bacone disse *dictu pulchra, sed ab usu remota*, sia invece un concetto che corrisponde meglio di qualsiasi altro ai bisogni della pratica attuazione, e come anzi, in certe parti, già abbia il suggello dell'esperienza negli usi e nelle convenzioni internazionali, ed il conforto dell'universale giurisprudenza.

CAPITOLO III.

UNITÀ ED UNIVERSALITÀ DEL GIUDIZIO DI FALLIMENTO.

> Hujusmodi iudicium universale nulla alia ratione fit, quam ex eo quod unico iudicio cognoscantur et decidantur iura omnium creditorum.
>
> CASAREGIS — *De commercio.* discursus, 130. N.° 27.

L'esercizio del commercio presuppone una serie di atti succedentisi gli uni agli altri, che tutti si concatenano fra di loro , per guisa, che, se un commerciante venga a mancare alle proprie obbligazioni, ne rimane scossa talora la fortuna di moltissimi altri. La quale conseguenza è tanto più grave, quanto maggiori siano le proporzioni del commercio esercitato; e se chi lo esercita abbia relazioni e corrispondenze con case stabilite all'estero, anche queste case estere risentono il contraccolpo della sua rovina. Gli è perciò, che ai nostri tempi, in cui le facili comunicazioni, i mezzi di trasporto, e la mobilità delle fortune rendono così agevoli e frequenti le relazioni fra i commercianti di tutti i paesi, il fallimento d'una casa di commercio non è già uno stato di cose, le cui conseguenze siano circoscritte ai limiti di un solo Stato, ma il più spesso è una eventualità, che può interessare i commercianti dei paesi più remoti. Di qui la necessità di esaminare quest'istituzione, non solo nell'interesse particolare dei singoli Stati, ma nell'interesse generale di tutti, e, per farlo convenientemente, vogliousi premettere i principii che ne costituiscono il fondamento.

§ 1.

Principii generali.

Il fallimento, come istituzione propria del commercio, ha un'unico intento, che è la protezione del credito, anima del commercio (1).

Considerato poi nei suoi effetti, è l'attuazione pratica di quel principio di ragion universale, per cui tutti i beni del debitore sono una garanzia comune per tutti i creditori. In esso abbiamo da un lato il debitore che, trovandosi nell'impossibilità di soddisfare ai proprii creditori, consenziente o suo malgrado, loro abbandona il proprio patrimonio; dall'altra i creditori, che, non potendo il più spesso conseguire il soddisfacimento intiero dei proprii crediti, si trovano nella necessità di sottostare ad una perdita proporzionata.

La legge poi delle operazioni del fallimento si è l'uguaglianza di condizione per tutti i creditori, che abbiano seguita la fede personale del proprio debitore, ed è, nell'intento di proteggere quest'uguaglianza, che la legge e l'autorità giudiziaria esercitano un certo controllo sulle operazioni del fallimento, inducono certe incapacità personali nel fallito, annullano certi atti da lui compiutisi quando poteva prevedere la sua prossima rovina, arrestano le azioni individuali dei creditori, mentre però, colle debite pubblicazioni, li invitano tutti a concorrere alle operazioni del fallimento.

(1) È notabile a questo riguardo, come il Primo Napoleone, dopo aver sentita la discussione d'eminenti giureconsulti sulle leggi del fallimento, l'abbia tutta riassunta in questa unica questione: *que y a t'il de plus favorable au credit?* — (Locré, *Esprit du code de commerce*). Per tal guisa la potenza del genio assorgeva d'un tratto a quella massima del Casaregis, che precede il presente capitolo.

Carattere infine delle operazioni del fallimento, per quanto siano varie e molteplici, si è una tendenza manifesta all'unità ed al concentramento, in quanto che deve essere unico il tribunale che dichiara il fallimento, unica la giurisdizione che procede alla verificazione dei crediti, unico il concordato, unica la liquidazione del patrimonio del fallito operata dai Sindaci, la cui azione centrale sottentra alle azioni individuali dei singoli creditori (1). — Tutto ciò, che nella dottrina o nella giurisprudenza ha per effetto di rompere questa unità, contraddice allo spirito delle leggi sul fallimento e ne perturba l'economia.

Questi tratti caratteristici del giudizio di fallimento, che ne costituiscono il fondamento in pressochè tutte le legislazioni, dovranno essi venir meno, per ciò solo che i creditori o i beni del fallito siano dispersi in varii Stati? Ecco il gravissimo problema, che la materia del fallimento somministra al diritto internazionale privato.

La prima ricerca a farsi si riferisce al luogo, ove debba essere aperto il giudizio di fallimento.

A questo riguardo è a ritenersi, che, quantunque la fortuna mobiliare ed immobiliare d'un commerciante, possa essere dispersa in varii paesi, e le sue obbligazioni possano esser sorte o debbano essere eseguite in Stati diversi, vi ha però tuttavia un centro a cui si richiamano tutti i suoi crediti ed obbligazioni, e questo è

(1) Delamarre et Le Poitvin, *Droit commercial*, t. 6, N. 67. — Frémery, *Études sur le droit commercial*. Paris, 1833, p. 353. — In una sentenza della Corte d'Appello di Torino del 4 aprile 1865, (*Giurisprudenza*, anno V, pag. 165) è espressa molto energicamente l'unità propria del giudizio di fallimento con dire che, quando il fallimento viene dichiarato da un tribunale, questo diviene centro alle azioni tutte, che si propongono contro il fallito, e tutore e moderatore nel comune interesse delle cose dal fallito dismesse.

il domicilio del commerciante, il luogo ove esso tiene il principale stabilimento. Finchè il commerciante adempie alle proprie obbligazioni potrà essere richiesto dell' esecuzione delle medesime, o al luogo del contratto, o a quello dell'esecuzione, o a quello fissato nella convenzione : ma quando il commerciante fallisca, cessano tutte queste giurisdizioni speciali, e ne sottentra una sola, che è la giurisdizione del domicilio. — E la ragione ne è questa, che alla persona individuale del fallito, che poteva recarsi ovunque per l'adempimento delle proprie obbligazioni, sottentra un corpo morale, che deve certamente avere una propria sede per esercitare i suoi diritti e adempiere alle proprie obbligazioni, la qual sede non può trovarsi che al domicilio del fallito (1). Il fallimento può in certo modo essere paragonato alla società ed alla successione, in quanto che, anche queste sono enti sociali e collettivi, e le azioni che vi si riferiscono debbono essere proposte dinanzi ad una sola ed unica giurisdizione (2).

(1) Rocco, op. cit. Livorno, 1869, pag. 352.

(2) Cod. Proc. Civ. Ital. art. 94, 96.

Sarà qui utile far cenno d'una questione risoltasi recentemente dai nostri magistrati. Certo Vincenzo Costantino nativo di Reggio, Calabria, moriva in Odessa dopo essersi naturalizzato in Russia. — Intanto lasciava nel suo paese d'origine capitali mobili ed immobili, e congiunti chiamati a succedergli, anche secondo la legge russa.

Questi ultimi proposero dinanzi al tribunale di Reggio l'azione di petizione e divisione di eredità quanto ai beni che si trovavano nello Stato, invocando il capoverso dell'art. 94 del Cod. di proc. civ. ital.—Al tribunale di Reggio parve strano, che si dovessero ventilare dinanzi a Magistrati italiani questioni relative all'eredità d'un Russo e da risolversi secondo le leggi russe (cod. civ. ital., disp. prelim., art. 8) e quindi con sentenza 14 luglio 1868, si dichiarò incompetente. — Gli eredi dimoranti in Italia se ne appellarono alla Corte d'appello di Catanzaro, che invocando la massima *tot haereditates, quot territoria* riteneva competenti i tribunali del regno per la petizione e divisione della parte

A ciò s'aggiungono altre ragioni di opportunità e di convenienza; poichè è dinanzi al tribunale del domicilio, ove è più facile di addivenire all'esame dei libri, al controllo del bilancio, e dove il fallito trovasi probabilmente colla maggior parte dei proprii beni e nella possibilità di dare schiarimenti circa la propria condotta.

Posto così un'unico foro competente, nei rapporti del fallimento col diritto internazionale privato, è a cercarsi, se per avventura non debbasi recedere da questa unità di giurisdizione, — quando i *beni del fallito si trovino in diversi paesi*, — quando i *suoi creditori appartengano a diverse nazioni*, — e infine quando *il fallito abbia due o più stabilimenti commerciali, uno nello Stato e l'altro fuori del medesimo*.

È nel caso specialmente in cui il fallito *possieda beni stabili in diversi paesi*, che coloro, i quali ravvisano nel fallimento uno sta-

dell'eredità che trovavasi nello Stato (sentenza 3 dicembre 1868. — *Monitore dei Tribunali* di Milano, 1868, p. 424). Era facile il vedere, come con questo sistema sussistesse ancor sempre il pericolo di contrarietà di giudicati, e però l'innovazione del nostro codice in questa materia si riducesse a ben poca cosa. Fu quindi ragione, che la Corte Suprema di Napoli con sentenza del 30 novembre 1869 (giornale *La legge*, 1870, pag. 113), richiamasse al suo vero intento l'innovazione legislativa, stabilendo, che le azioni in petizione e divisione d'eredità debbono essere proposte innanzi al giudice del domicilio del defunto, anche quando possegga nello Stato la maggior parte degli stabili. — Nella motivazione si dice che, trattandosi di giudizio universale, lo svolgimento di esso deve essere individuo e non essere compiuto a brani in più luoghi e presso diverse Magistrature; perchè, se non fosse così, i litiganti soggiacerebbero a maggiori spese, e potrebbe spesso verificarsi la contrarietà dei giudicati. — Questo fecondo principio, per identità di ragione, dev'essere esteso al giudicio di fallimento. Vedi nello stesso senso la sentenza 9 gennaio 1869 della Corte Suprema di Torino. (*Giurisprudenza*, anno VI, p. 177.)

tuto reale, riconoscono la necessità di instruire altrettanti giudizii di fallimento, quanti sono gli Stati, in cui trovansi degli immobili di spettanza del fallito; e ciò perchè lo statuto reale non può estendere la propria efficacia oltre i limiti del territorio dello Stato. Per i seguaci di quest'opinione, la realità degli statuti sul fallimento è una conseguenza diretta ed immediata del concetto di *sovranità territoriale* dei singoli Stati, e sembrerebbe loro di intaccare questa sovranità, allorchè la dichiarazione di fallimento, fatta in uno Stato, potesse estendersi ai beni, che trovinsi in altro territorio.

Quest'opinione, mentre disconosce in modo assoluto l'indole e il carattere del commercio, parte poi dal concetto vieto, che lo Stato abbia un dominio eminente sui beni, che trovinsi nel suo territorio.

La scienza odierna respinge assolutamente questi due concetti: essa scorge nel commercio un diritto naturale all'individuo, un mezzo per soddisfare ad universali bisogni, e quindi rigetta ogni dottrina, che vorrebbe circoscriverne le istituzioni e i benefizii nei limiti del territorio di uno Stato. — Per quello poi che riguarda i beni immobili, se essi debbono subire le leggi, che reggono l'organismo territoriale dello Stato in cui si trovano, sono però sempre un mezzo di cui l'individuo si vale per soddisfare ai proprii bisogni, e debbono essere una cautela comune per tutti i creditori delle persone a cui appartengono, in qualunque territorio siano situati. Oggi non è più la persona che subisce la legge dei beni e del suolo, ma sono i beni che subiscono l'impero della volontà individnale, finchè questa non venga ad urtare con qualche legge d'ordine pubblico dello Stato, in cui i beni siano situati.

Così stando le cose, dal momento che il debitore, obbligandosi, sà che tutti i suoi beni debbono essere una garanzia per il creditore, e questi, mentre segue la fede personale del debitore, sà che tutto il patrimonio di esso deve essere obbligato a garanzia del suo

credito, è assurdo fare del patrimonio unico del debitore altrettanti patrimonii, quanti siano gli Stati, in cui esso possegga dei beni. Ciò, mentre produce spese e complicazioni maggiori, dannose agli interessati e perniciose al commercio, rende facili le frodi e le preferenze del debitore a danno od in favore di certi creditori, e produce la stranezza di persona fallita in uno Stato e non fallita in un altro.

Il giudizio di fallimento non deve parimenti perdere il suo carattere di giudizio unico ed universale quando i *creditori appartengono a diverse nazioni*. La nazionalità e il domicilio dei creditori non debbono avere influenza di sorta in questa condizione di cose affatto speciale e straordinaria, in cui alla persona del fallito sottentra un corpo morale, ossia la massa dei creditori, la quale non può avere altra sede, che il domicilio del fallito. Nè è a credersi che, col sostituire così l'unica giurisdizione personale del fallito alle varie e molteplici giurisdizioni speciali delle obbligazioni dal medesimo assunte, si venga a violare il diritto dei creditori. Questi, allorchè venivano a contratto col fallito, ben dovevano prevedere l'eventualità del fallimento, e sapere che, in questa condizione di cose, più non possono valere le regole comuni, ma i creditori sono costretti talora a rimettere del rigore del proprio diritto, ed a seguire una giurisdizione diversa da quella elettasi nella convenzione; e ciò perchè, in caso di fallimento, l'interesse particolare dei singoli creditori deve cedere di fronte all'interesse comune di tutti, senza distinzione del paese, a cui i creditori appartengano.

Più grave è il dubbio, quando *il fallito abbia due stabilimenti commerciali*, l'uno nello Stato e l'altro fuori di esso. In questo caso dovrà esservi un solo giudizio di fallimento, o dovranno invece es-

servi altrettanti giudizi, quanti siano gli stabilimenti eserciti dalla stessa *persona individuale* o *collettiva?*

Lo Stracca insegnò che, se un commerciante abbia due stabilimenti, e creditori distinti per ciascuno dei medesimi, i creditori debbano essere chiamati separatamente sul capitale impiegato in ciascuno di essi e ciò perchè *unusquisque creditor magis merci, quam creditori credidit* (1).

Altri autori per contro, partendo dal principio che i debiti vincolano le universe facoltà del debitore, vennero alla conseguenza che, anche in questo caso, non dovesse esservi che un solo fallimento; e ciò perchè niuna legge accorda una ragione di preferenza ai creditori, che ebbero a contrarre per causa di negoziazioni diverse.

L'opinione dello Stracca prevalse e diventò in certo modo una *communis opinio*, specialmente nel caso di più stabilimenti appartenenti al medesimo individuo, ma situati nel territorio di diversi Stati.

Questa dottrina vuol tuttavia essere accolta con qualche riserva: devesi cioè distinguere fra il caso, in cui lo stesso commerciante sia associato in stabilimenti distinti, situati in diversi paesi, e quello, in cui lo stesso individuo o la medesima società abbiano aperti due stabilimenti in territorii diversi.

Nel primo caso è competente a dichiarare e a conoscere del fallimento il tribunale, ove risiede ciascuno degli stabilimenti a cui partecipa lo stesso commerciante, e ciò quand'anche il fallimento dell'uno abbia trascinato con sè il fallimento dell'altro (2).

Nel secondo caso per contro, è a considerarsi che, quando due

(1) *Tractatus de decoctoribus*, nella ult. parte N. 20, 21, 22. Amstelodami, 1669, p. 469, e 470.

(2) Pardessus, *Droit commercial*. N. 1094. — Boulay-Paty, *Faillites et Banqueroutes*. N. 39.

stabilimenti sono esercitati dal medesimo individuo, o dalla stessa società, hanno il più spesso fra di loro un certo vincolo di dipendenza per cui, mentre uno stabilimento è una casa centrale, l'altro per contro non è che una semplice succursale, e ciò quantunque trovinsi in Stati diversi. Il pretendere in tal caso che le due case di commercio, che pur sono esercite a nome e per conto dello stesso individuo, o sotto la medesima ragione sociale, abbiano una vita affatto separata e distinta, per guisa che il fallimento dell'una non valga a trarre con sè il fallimento dell'altra, sembra alquanto esorbitante, e ciò perchè coloro, che vengono a contratto con una di esse sono condotti a fare assegnamento sull'intiero patrimonio di quella persona, in cui nome s'eserciscono le due case di commercio. Nè serve il dire col Rocco (1) che nel medesimo individuo si possono in certo modo ravvisare due persone: in quanto che una persona, per ciò solo che dà opera ad un commercio, impegna con ciò tutto il suo patrimonio a vantaggio dei creditori, nè può sottrarvi alcun suo capitale, sotto pretesto che il medesimo debba servire ad un altro commercio, ancorchè separato e distinto. Che se esso voglia obbligare le sue facoltà in certi limiti e confini, ne avrà bensì il mezzo, associandosi in una società anonima, o a risponsabilità limitata, o in una accomandita qual socio accomandante, ma, dal momento che esso esercita due negoziazioni, la rovina dell'una deve trarre con se la rovina dell'altra, nè si comprende che la stessa persona fallisca in un negozio e si renda agiata con un altro.

Se ciò è vero di due case di commercio esercitate dal medesimo individuo nel territorio d'uno Stato (2), la cosa non può cam-

(1) Op. cit. Livorno, 1859, p. 380.

(2) In Francia già si è più volte giudicato che, allorquando un commerciante o una società abbia più case di commercio, la cognizione del suo fallimento non devesi già attribuire al tribunale del distretto ove siano prima cessati i pa-

biare, allorchè le due case di commercio si trovino in paese diverso; poichè, per quanto sia estesa l'attività d'una persona, per quanto siano vaste e molteplici le sue relazioni e corrispondenze, sta sempre il principio di ragione universale, che l'intiero patrimonio del debitore è pegno comune di tutti i suoi creditori (1).

gamenti, ma bensì colà ove trovasi il domicilio del fallito. — PARDESSUS e BOULAY-PATY, Op. e loc. cit. — VINCENS, *Legislation commercial*, tom. I, p. 540. Così decise la Cassazione francese con sentenza 17 aprile 1843 (*Sirey*, 1843, 1, 551), e con altra sentenza del 4 maggio 1857 ha giudicato che è il tribunale del luogo ove la società ha la sua ragione sociale e si trova la sede della società determinata dallo Statuto, che deve dichiarare il fallimento, qualunque sia l'importanza degli altri stabilimenti (*Sirey*, 1857, 1, 461) — Sono notabili a questo riguardo i motivi di una sentenza della Corte di Cassazione di Napoli del 27 febbraio 1867 (*Annali di Giurisp*: anno I, parte 1.ª p. 147). « Sarebbe » fatale al Commercio che ha bisogno di somma celerità nel suo svolgimento, » ivi si dice, sarebbe dissonante da ogni regola di procedura lo smembramento » d'un giudizio universale in isvariati brani con grave dispendio di tempo e di » spese ».

La giurisprudenza Inglese ebbe più volte a risolvere la questione specialmente nel caso di Società che si dividano in varie Ditte stabilite in diverse contrade; ma essa adottò la dottrina, che in tal caso vi siano altrettanti fallimenti, quante sono le Ditte stabilite in diversi paesi. Lo Story riporta il caso d'una Società con uno stabilimento nell'Indie Occidentali e l'altro in Inghilterra. Lo stabilimento Inglese fallì e avendo un creditore della Ditta delle Indie sequestrato per il proprio soddisfacimento un credito di questa, si trattò di vedere se potesse essere tenuto a restituire ai Sindaci della fallita Inglese ciò che avesse conseguito. Sir William Grant decise per la negativa, ritenendo che la fallita della Ditta Inglese non poteva affettare il Socio delle Indie Occidentali (STORY, *Conflict of law* § 422).

(1) La nostra giurisprudenza ebbe recentemente a stabilire che, trattandosi di giudizio universale, il fallimento della casa centrale, che trovisi all'estero, trae con sè il fallimento della succursale aperta nello Stato (Corte d'appello di Napoli, 4 marzo 1868, (*Gazzetta dei Tribunali* di Genova ,1868, p. 457). La

Ciò che in questa fattispecie potrà aprir l'adito a qualche dubbio, sarà il determinare quale sarà la giurisdizione competente per l'apertura del giudizio di fallimento; ma, apprezzando le singole circostanze dei casi, accertando il vero domicilio del fallito, ricercando quale sia il principale stabilimento, e quale sia invece l'accessorio, sarà facile a definirsi dove debba ritenersi aperto il giudizio di fallimento. Determinato poi quale debba essere il tribunale competente, si potranno per qualche tempo, e per agevolare le operazioni del fallimento tener distinte le due masse, nominar sindaci diversi per le due case: ma, allorchè trattisi del concordato, e di addivenire alla ripartizione dell'attivo fra i creditori, le due masse dovranno essere riunite, e saranno così posti in condizione uguale tutti i creditori del fallito.

Possono tuttavia darsi dei casi, in cui, le due negoziazioni esercitate dallo stesso individuo o nel medesimo Stato o in Stati diversi appariscano fra di loro affatto separate e distinte, per guisa che nell'opinione dei rispettivi creditori non si potesse fare assegnamento che sul capitale del negozio da essi accreditato. Anche in questo caso il fallimento di un negozio può trarre con sè il fallimento dell'altro, ed è conveniente che si faccia un solo ed unico giudizio; ma intanto l'equità esige, che sulle masse mobiliari dei due negozii siano collocati rispettivamente i creditori di ciascuno di essi. Questo è uno dei casi in cui si può dire collo Stracca: *ex bono et aequo et optima ratione inductum est, ut credi-*

Corte d'appello di Torino colle sentenze 5 marzo e 27 luglio 1866 (*Giurisprud.*, anno III, p. 170 e 361), giudicò per contro che tanti siano i fallimenti quanti sono gli Stati in cui il fallito esercisce il proprio commercio. Per contro la stessa Corte in una recentissima sentenza del 13 agosto 1870, dipartendosi dalla giurisprudenza prima adottata, accordò l'esecutorietà ad una sentenza estera dichiarativa di fallimento (*Giurisprudenza*, anno VII, p. 508).

tores separatim in negotiationibus, quarum causa crediderunt, vocentur (1).

Insomma l'interesse generale del Commercio esige che, anche nelle relazioni fra i varii Stati, l'unica autorità giudiziaria competente per aprire e conoscere del giudizio di fallimento sia quella del luogo, ove trovasi il principale stabilimento del fallito: la nazionalità dei creditori, la situazione dei beni e la pluralità degli stabilimenti non debbono mutare le cose, perchè trattasi d'un principio d'interesse e di ragion universale, per la cui attuazione vuolsi la cooperazione di tutti gli Stati. Senza di ciò le maggiori spese, il pericolo della contrarietà nei giudicati, la disformità delle legislazioni recherebbero gravi incagli in una procedura, che sopratutto abbisogna di unità e di prontezza.

§ 2.

Attuazione pratica d'un giudizio di fallimento unico ed universale.

Assodata così di fronte ai principii l'unità e l'universalità del giudizio di fallimento, sia quanto ai creditori, sia quanto ai beni e agli stabilimenti del fallito, presentasi un'altra grave questione che sta nel determinare come potrà essere attuata questa universalità.

La dichiarazione di fallimento, segua la medesima ad istanza del fallito o d'alcuno fra i creditori, si fa con sentenza importantissima nei suoi effetti quanto alla persona e ai beni del fallito e quanto ai creditori.

(1) Op. e loc. cit. — V. nello stesso senso la sentenza già citata della Corte d'appello di Napoli.

Quanto al fallito, sia l'imperizia, l'imprudenza o la sventura causa della condizione in cui viene a trovarsi, perde l'amministrazione delle proprie cose, che viene ad essere affidata alla massa dei creditori, rappresentata dai sindaci. — Dal momento poi che il fallito abbandona così il suo patrimonio ai proprii creditori, questi perdono il diritto di far valere contro di lui le loro azioni individuali, e la liquidazione del patrimonio del fallito si opera dai sindaci rappresentanti della massa, non già nell'interesse di questo o quel creditore, ma nell'interesse di tutti.

Per cercare quindi come possa attuarsi l'universalità del giudizio di fallimento, e quale debba essere negli altri Stati l'efficacia della sentenza dichiarativa del fallimento, gli effetti della medesima possono essere richiamati a tre classi: cioè 1.° a quegli effetti che si attengono alla *persona* e *ai beni del fallito;* 2.° a quelli per cui s'*arrestano le azioni individuali dei creditori;* 3.° e infine agli effetti, per cui l'*amministrazione e la liquidazione del patrimonio del fallito viene ad essere concentrata nelle mani dei sindaci*, *in quanto rappresentano la massa dei creditori.*

Per ciò che si attiene alle *incapacità, in cui incorre il fallito* in conseguenza della sentenza dichiarativa del fallimento, è grande la divergenza delle opinioni e dei sistemi posti innanzi dagli autori.

Alcuni, partendo dalla considerazione che il fallito incorre in certe incapacità, in quanto si vuol privarlo della libera disposizione de' proprii beni, ravvisano in queste incapacità uno *statuto reale*, e quindi vogliono, che queste incapacità non possano oltrepassare i limiti del territorio dello Stato, in cui siasi pronunciata la sentenza.

I seguaci di quest'opinione si dividono poi ancora in due classi. — Per alcuni le leggi sul fallimento costituiscono uno *statuto*

essenzialmente reale e quindi qualsiasi incapacità del fallito non può seguirlo oltre il territorio. Questa dottrina è professata dal Rocco, che adduce l'autorità del Casaregis, e ne inferisce che le alienazioni di beni stabili che si trovino fuori dello Stato, le concessioni di diritti reali sui beni medesimi, i pagamenti eseguiti ai creditori esteri abbiano piena efficacia, fino a che la sentenza, che dichiarò il fallimento, non sia resa esecutoria nello Stato, in cui si trovino gli stabili o si operò il pagamento (1).

Secondo altri per contro, e tale è l'opinione del Massè (2) e del Demangeat (3) annotatore del Foelix, vogliansi distinguere le incapacità del fallito che riguardano unicamente la sua persona, da quelle che si attengono ai beni ed alla libera disposizione di essi. Quanto alla prima classe di incapacità essa costituisce uno *statuto personale* e segue il fallito, ovunque si rechi, e quindi i due autori sopranominati si accordano nell'insegnare che il fallito all'estero non potrà negoziare in Francia, nè frequentarvi la Borsa. Per contro, le incapacità del fallito, che si riferiscono alla libera disposizione dei beni, più non possono, secondo tale opinione, essere riconosciute oltre i limiti del territorio, cosicchè le alienazioni degli stabili situati all'estero e i pagamenti fatti all'estero dal fallito saranno pienamente validi ed efficaci.

Quindi è facile il vedere, come questa dottrina, nelle sue conseguenze pratiche, punto non differisca dall'opinione del Rocco, in quanto che l'importanza della questione stà appunto nel vedere

(1) Rocco, Op. cit., p. 374.—Adottò questo sistema, una sentenza della Corte di Cassazione di Torino del 13 aprile 1867, secondo cui la incapacità del fallito non è operativa fuori dello Stato, ove esso ha il suo domicilio, finchè non sia resa esecutiva la sentenza che aprì il giudizio di fallimento — *Giurispr.*, anno IV. p. 289.

(2) *Droit commercial*, tom. N. 546 e 557.

(3) Foelix, *Droit international privé*. Paris, 1856, N. 468 nelle note.

se il fallito possa alienare i beni da lui posseduti all'estero.—Poco importa all'universalità dei creditori che il fallito possa godere dei dritti civili in Francia e frequentarvi la Borsa: ma loro importa invece grandemente, che il medesimo non possa alienare i suoi beni, ancorchè situati all'estero, accordare validamente ragioni di preferenza sopra i medesimi, scemare l'attivo del fallimento, e indurre così delle disuguaglianze nella condizione dei creditori.

Vi ha poi un'altra dottrina, per cui il fallito è come un'interdetto, e le sue incapacità sono uno *statuto personale*, che seguita il fallito, ovunque si rechi. — Tale è l'opinione del Deluca, dell'Ansaldo, dello Stracca (1). Il Foelix viene alla stessa conclusione, ma per giungervi considera la sentenza dichiarativa del fallimento come un semplice atto di giurisdizione volontaria, col quale si accerta una determinata condizione di cose (2).

A questi varii sistemi si aggiunge quello del Merlin, secondo cui, per vedere se l'atto compiutosi all'estero dal fallito sia valido od inefficace, si riguarda la buona fede di colui che contrasse col

(1) De-Luca, *De cambiis*, Disc. 32, N. 15.— Stracca, *De decoctoribus*, pag. 3. — Ansaldus, *De commercio et mercatura*, Disc. 38, N. 31, 32. — Sono notabili per energia le espressioni degli antichi giureconsulti circa la condizione del fallito. — Secondo il Casaregis, la decozione si equipara colla morte naturale. — Secondo il De-Jorio (*Della decozione*), — il decotto si considera civilmente come se fosse morto. — La giurisprudenza attuale temperò questo concetto; il fallito non è più morto civilmente, nè in istato d'interdizione; conserva tutti quei diritti che gli competono come uomo e come membro della famiglia; solo i suoi atti restano senza effetto, per quanto riguarda i beni, dei quali fu spogliato e che passarono in certo modo presso i suoi creditori (Cassazione di Torino, 18 dicembre 1869. *Giurisp.*, anno V, p. 194). — Ritenne poi come uno *statuto personale* l'incapacità del fallito la Gran Corte Civile di Napoli con una sentenza del 22 dicembre 1854 riportata dal Rocco nell'opera più volte citata.

(2) Op. cit., N. 458.

fallito: se egli era di mala fede, e conosceva la condizione del fallito, l'atto può essere annullato, perchè compiuto in frode dei creditori: in caso contrario, l'atto è pienamente valido nè può essere annullato (1).

Quanto all'efficacia della sentenza dichiarativa del fallimento per i *creditori che si trovino in altro Stato*, è poi dottrina comune, che la sentenza pronunziata all'estero, non valga ad arrestare le azioni dei creditori residenti all'estero, ma anche qui vi sono gradazioni diverse nelle opinioni.

Così, per il Pardessus ed il Massè, la sentenza, che dichiarò un fallimento all'estero, non esiste pei creditori stabiliti nello Stato, e questi hanno facoltà di proporre la loro azione individuale contro il fallito e di provocare un'altra dichiarazione di fallimento (2). Che anzi, per essi, la sentenza estera non può essere dichiarata esecutoria, se non vi provvedano trattati internazionali.

Il Rocco poi, per conciliare l'*universalità* del giudizio di fallimento colla *realità dello statuto*, ammette che la sentenza dichiarativa del fallimento arresti le azioni individuali dei creditori nazionali ed esteri, ma solo ristrettivamente ai beni dal fallito posseduti nel territorio dello Stato, ove siasi pronunziata la sentenza.

La divergenza delle opinioni proviene da ciò, che la questione proposta non vuol essere definita col criterio della *realità* o *personalità* degli statuti, ma bensì secondo le esigenze dell'interesse generale del commercio.

Furono queste esigenze, che, vincendo il principio esclusivo

(1) *Repertoire* V. *Faillite*, sect. 11, § 2, art. 10, N. 111.

(2) Pardessus, *Droit commercial*, N. 1188 bis. — Massè, Op. cit. e loc. cit. — V. pure Dalloz, *Repert.*, V. *Faillites e Banqueroutes*, N. 575.

della sovranità territoriale, condussero al concetto d'un giudizio di fallimento unico ed universale, ed è pure per questo interesse generale e comune a tutti i popoli, che la sentenza dichiarativa di esso deve essere universale nei proprii effetti e determinare la condizione del fallito e dei suoi creditori in modo unico ed efficace in qualunque Stato si rechi, e ovunque siano situati i suoi beni. Per verità, il giudizio di fallimento deve ritenersi universale rimpetto a tutti i creditori e per le esigenze del commercio, e perchè questi, venendo a contratto con un certo negoziante, debbono subire per l'eventualità del fallimento la giurisdizione del suo domicilio. Deve poi lo stesso giudizio ritenersi universale per tutti i beni del fallito, dovunque si trovino, in quanto che è principio di ragione universale, che tutti i beni del debitore siano pegno comune per i creditori. Dal momento pertanto, che la giurisdizione del domicilio del fallito è competente per tutti i creditori, a qualunque Stato appartengano, e che il giudizio di fallimento comprende nella sua universalità tutti i beni del fallito, ovunque si trovino, ne conseguita che la sentenza dichiarativa del fallimento deve essere legge per il fallito e per tutti i suoi creditori. — Pronunziata la medesima dal tribunale del domicilio del fallito, dal giorno della sua pronunciazione deve esistere ed avere i suoi effetti per il fallito che perde la disponibilità di tutti i suoi beni, ovunque situati e per tutti i suoi creditori, che, quantunque siano all'estero, più non debbono avere facoltà di agire individualmente contro il fallito.—Senza di ciò, l'universalità del giudizio di fallimento sarebbe una vana parola, in quanto che, prima che la sentenza dichiarativa del fallimento siasi resa esecutoria in tutti gli Stati, ove il fallito ha dei creditori o possiede dei beni, — da una parte i creditori, incalzando il fallito, potrebbero ottenere contro di lui altrettante condanne individuali, farsi cedere dei beni in pagamento, farsi accordare ragioni di prefe-

renza sui beni, che non si trovano nello Stato, ove si dichiarò il fallimento: — e dall'altra, il fallito potrebbe frodare i creditori, scemare l'attivo del fallimento, pregiudicare l'uguaglianza fra i creditori, aprendo per tal guisa l'adito a tutti quegli inconvenienti che si vogliono evitare coll'universalità del giudizio di fallimento.

Anche quanto alla *potestà dei Sindaci temporanei* o *definitivi* sono molteplici le opinioni.

Per alcuni autori i Sindaci nominati colla sentenza, o in esecuzione di essa, non possono essere riconosciuti oltre il territorio dello Stato (1).

Secondo altri, fra cui il Demangeat e il Foelix (2), la sentenza, che dichiara il fallimento, è atto di giurisdizione volontaria producente i suoi effetti oltre il territorio, senza bisogno di essere dichiarata esecutiva negli altri Stati, e quindi attribuisce facoltà ai Sindaci di esigere i crediti del fallito, convenendo i debitori di esso dinanzi a un tribunale estero, e di provocare la vendita dei beni mobili ed immobili posseduti dal fallito fuori dello Stato. Per questi autori i Sindaci del fallimento sono mandatari del fallito nominati da un tribunale estero nell'interesse della massa, e nella stessa guisa, che una procura debitamente fatta è valida anche in paese straniero, così essi ritengono, che la procura ottenuta per sentenza, essendo autentica, debba essere efficace ovunque i Sindaci vogliano far valere la propria qualità.

Anche il Massè parte da considerazioni della stessa natura, ma distingue, — fra il caso, in cui il fallito abbia fatto opposizione; — e quello in cui abbia invece consentito alla dichiarazione di fallimento (3). Nel primo caso, considera anch'egli i Sindaci, quali man-

(1) Pardessus, Op. e loc. cit.

(2) Op. cit., N. 468.

(3) Op. cit., tom. II, N. 314, 315, 316.

datari del fallito e loro attribuisce facoltà di esigere i crediti e di vendere i beni del fallito, ancorchè si trovino in altro Stato. Nel secondo caso invece, la sentenza dichiarativa del fallimento è per lui una vera condanna, e più non può considerarsi come una semplice procura.

I seguaci di queste diverse opinioni convengono tuttavia in questo, che se i creditori esteri oppugnino lo stato di fallimento, la sentenza, che lo dichiara, non possa avere contro di essi l'autorità di cosa giudicata. Che anzi, secondo il Massè, neppure l'esecutorietà accordata alla sentenza dichiarativa del fallimento può far sì, che i sindaci possano invocarla a pregiudizio di questo diritto dei creditori. —Per tal modo, una dottrina in apparenza così liberale e favorevole all'autorità di una sentenza estera in materia di fallimento, in realtà viene a privarla di qualsiasi efficacia, poichè l'esercizio del potere affidato ai Sindaci dipenderà dalle contestazioni, che intenda suscitare qualunque fra i creditori esteri.

Per definire la complicatissima questione, conviene anzitutto considerare l' indole e il carattere della sentenza dichiarativa del fallimento: vedere cioè, se essa possa aversi come una semplice procura affidata ai sindaci dall'autorità del tribunale, o sia invece una vera e propria sentenza, che abbisogni d'essere resa esecutoria: cercare quindi in quali casi tale esecutorietà sia necessaria, e come questa necessità possa conciliarsi coll'esigenze del commercio in generale e del fallimento in ispecie.

Se a prima giunta il riguardare la sentenza dichiarativa del fallimento come una semplice procura, sembra opinione più favorevole alla potestà dei Sindaci, potendo essi esercitarla, senza che la sentenza sia prima sottoposta ad un giudizio di delibazione, in realtà però, la cosa stà diversamente in quanto che se i Sindaci

sono semplici mandatari, i creditori esteri potranno sempre mai discutere circa l'esistenza o non di un vero fallimento e del mandato, rinnovando le contestazioni, che già furono agitate e decise dal Tribunale del fallimento. Se, per contro, la sentenza, che dichiara il fallimento, è una vera e propria sentenza, sebbene, per poter con essa procedere ad esecuzione in altri Stati, si debba sottoporla al giudizio di delibazione, ne deriverà tuttavia, che, una volta resa esecutoria, saranno escluse e rimosse tutte le contestazioni particolari dei singoli creditori.

Ciò premesso, credo che la sentenza dichiarativa del fallimento non possa essere considerata come la forma autentica, che assume il mandato affidato ai Sindaci, ma che debba invece essere avuta in conto d'una vera e propria sentenza (1). Per verità, sia essa pronunziata ad istanza del fallito che confessa il suo stato, e depone il bilancio, o ad istanza dei creditori che provocano il suo fallimento, in realtà però, la dichiarazione di fallimento, per quanto abbia un indole sua propria e peculiare, può sempre essere oggetto di gravi discussioni fra il debitore e i suoi creditori, come lo provano le molte sentenze pronunziate sui requisiti necessari per la dichiarazione del fallimento. Nè serve il distinguere fra il caso, in cui il fallito siasi opposto a tale dichiarazione, e quello in cui abbia invece consentito alla medesima; perchè è certo che se non vi fece opposizione, aveva però diritto di farla, ed è così nella condizione di colui, che, convenuto, si lascia condannare senza difendersi o per non voler farlo, o per non aver argomento in propria difesa, nè si è mai detto perciò, che la sentenza cambi indole e natura, e cessi di essere una vera condanna.

Nè parimenti giova l'osservare, che tale sentenza, in quanto contiene la nomina dei sindaci, affidi loro il mandato di liquidare il

(1) Cassaz. Torino, 13 aprile 1867. *Giurisprud.*, IV, 289.

patrimonio del fallito. Questo è uno dei suoi effetti, ma non il solo, perchè essa, nel medesimo tempo, produce effetti gravissimi quanto alla persona del fallito ed ai suoi beni, annulla certi atti, ne dichiara annullabili certi altri, arresta le azioni individualmente proposte dai singoli creditori, e induce uno stato di cose affatto speciale e straordinario, di cui è una semplice conseguenza la nomina dei Sindaci per rappresentare la massa dei creditori.

Da ciò tutto appare, che l'apertura del fallimento si fa con una vera e propria sentenza, e che, per poter essere eseguita all'estero, abbisogna di esservi resa esecutoria. Ma ne verrà perciò che, prima di esservi resa esecutoria, non abbia esistenza di sorta, nè riguardo ai beni che si trovino in territorio straniero, nè rimpetto ai creditori dimoranti all'estero?

Questo è un'altro lato importantissimo della questione, e per rispondervi conviene esaminare alquanto la vera indole del giudizio di delibazione.

Un tempo, partendo dal concetto troppo assoluto di sovranità territoriale, si diceva, che una sentenza estera non esisteva dirimpetto agli altri Stati (1). Oggidì per contro, partendosi da un principio superiore, che è d'interesse di tutte le nazioni, non si dice che il giudicato straniero manchi di qualsiasi esistenza giuridica negli altri Stati, ma solo, che non può esservi eseguito, finchè non siasene fatta istanza e concessione dall'autorità locale. — Secondo questo concetto, la necessità del *pareatis* ad una sentenza estera è richiesta nel senso, che nessun atto di esecuzione può es-

(1) V. Quetand, *Revue critique de législation*, septemb. 1869; — Lachenal, *De l'inutilité des lettres rogatoires pour l'execution des jugemens rendus a l'étranger.* — Eyssautier, *Lettres rogatoires en France.* — Asser, *De l'execution des jugemens rendus à l'étranger*, *Revue de droit international.* Gand 1869, p. 453. Forgeur, *ibidem*, 1870, 1. livraison.

sere operato in uno Stato, che a nome dell'autorità locale, la quale poi è in diritto di non acccordarne l'esecutorietà che dietro ad un giudizio di delibazione, diretto a cercare se la sentenza estera riunisca tutte le condizioni di un vero giudicato, e se l'esecuzione di essa non contravvenga ad una legge di ordine pubblico interno (1). Di qui conseguita, che una sentenza abbisogna di esser resa esecutoria nello Stato, solo allorchè, in virtù di essa, si debba venire a un vero atto di esecuzione, mentre per contro, se tale sentenza non dee servire per una vera esecuzione in altro Stato, ma solo deve essere prodotta innanzi ai Tribunali, come titolo per constatare un fatto, o per determinare una qualità, si potrà farlo senza che perciò occorra di sottometterla ad un giudizio di delibazione.

Partendo da questi principii che se non sono ancora addottati da tutte le legislazioni positive, tendono tuttavia a prevalere così nella dottrina che nella giurisprudenza (2), e facendone applica-

(1) Cass. Napoli 6 dicembre 1866 (*Giurispr*$_4$, IV, N. 115) — App. Torino, 6 luglio 1867 — *Giurispr.*, IV, p. 511 — App. Torino, 19 gennaio 1869 — *ibidem* VI, p. 305.

(2) Questa teorica ha già l'appoggio di qualche sentenza dei nostri Magistrati pronunziata appunto in materia di fallimento. Così ad es., la Corte d'appello di Genova con sentenza del 27 febbraio 1863, riteneva che la sentenza d'un tribunale straniero, con cui sieno nominati i Sindaci del fallimento, può da essi prodursi in giudizio a giustificazione delle loro qualità, quand'anche non sia prima resa esecutoria nello Stato (*Caveri. Giurispr. Comun.* III, 2, 49). Nella motivazione la Corte partiva appunto dal principio, che la necessità dell'esecutorietà si restringesse a quelle sole sentenze che possono servire di fondamento a un vero e proprio giudizio di esecuzione, e non dovesse estendersi a quelle che si producono in giudizio solo per giustificazione d'una qualità o per la prova d'un altro fatto qualunque. Parimenti la stessa Corte con sentenza del 10 febbraio 1866, riteneva che una sentenza estera, anche non resa esecutoria, può servire di titolo e di fondamento per una domanda innanzi ai Tribunali dello Stato (*Ca-*

zione alla sentenza dichiarativa del fallimento, ne consegue, che la medesima dovrà essere resa esecutoria in quegli Stati, ove, in forza di essa, si dovrà procedere a qualche atto di esecuzione. Che anzi in tali Stati la sentenza, anche prima di esservi resa esecutoria, non è già affatto priva di qualsiasi esistenza, per guisa che dal fallito e dai creditori si possa procedere ed operare, come se non fosse pronunciata, ma essa solo manca di efficacia e forza esecutiva. Ond'è che, sebbene non possa servire di base ad una vera esecuzione, ha tuttavia un'esistenza ed efficacia bastante per impedire e rendere senz'effetto quegli atti che dopo la sua pronunziazione fossero fatti dal fallito o dai suoi creditori per eluderne gli effetti.

Quindi la sentenza dichiarativa del fallimento finchè è prodotta

veri, anno VI, 2, 20). Sopratutto poi è notabile a questo riguardo una sentenza della Corte d'Appello di Macerata del 31 ottobre 1866, nella causa de Beareau contro Medici Spada, Feoli Pres. ed est. (*Annali di Giurisprudenza* I parte 2.ª p. 156) nella quale si adotta in tutte le sue conseguenze la teorica sovra esposta. In essa si trova strano, contrario alla lettera ed all'intendimento della legge che debba esservi un giudizio di delibazione per qualsiasi sentenza: se ne ammette solo la necessità quando trattisi *di sentenze diffinitive da portarsi ad esecuzione coattiva nel Regno.*

Anche la giurisprudenza francese viene facendosi in questa parte più larga e liberale, e precorre la dottrina stessa degli autori.

La Corte Suprema di Francia con sentenza 30 novembre 1869 (Dalloz, *Iurisp. gener.*, 1869; 1, 194) decise che una sentenza dichiarativa di fallimento può essere opposta in Francia ai creditori del fallito che abbiamo ottenuto in Francia un sequestro sopra merci del fallito, quando i creditori, contro cui s'invoca il fallimento, l'abbiano riconosciuto, proponendo le loro istanze contro i Sindaci del fallimento. — Il motivo addotto nella sentenza sta in ciò che il fallimento crea una condizione di cose individua che non consente ad alcun tribunale fuorchè a quello del fallimento di intervenire nel regolare i diritti dei singoli creditori del fallito: ma tuttavia vi predomina ancora il concetto, che dipenda

innanzi ai Tribunali esteri solo per determinare la condizione del fallito, o per accertare l'epoca della cessazione dei pagamenti, o per essere opposta come eccezione per arrestare l'azione individuale d'un creditore, od anche per togliere efficacia a un'atto compiutosi dal fallito o dai suoi creditori per eluderne gli effetti, non abbisogna perciò di esservi resa esecutoria. Che se per contro i Sindaci, in virtù di tale sentenza, vogliano addivenire alla vendita di beni mobili od immobili di spettanza del fallito che trovinsi in altro Stato, trattasi in tal caso di vera esecuzione d'una sentenza estera, e questa dovrà prima esservi resa esecutoria.

E che veramente i veri principii siano questi e non quelli, in virtù dei quali, ovunque si debba produrre od invocare una sentenza estera, sia necessità di renderla prima esecutoria, appare dalle conseguenze strane ed assurde a cui si verrebbe trattandosi

in certo modo dai creditori l'accettare o respingere la giurisdizione personale del fallito. Una sentenza poi della Corte d'Appello di Parigi del 23 marzo 1869 (Sirey, 1869, 2, 172) ha deciso che i Sindaci d'un fallimento dichiarato all'estero hanno qualità per proseguire in Francia un debitore del fallito; perchè con ciò non trattasi già di mettere in esecuzione in Francia la sentenza che dichiara il fallimento, ma solo di constatare nei sindaci la qualità di amministratori del patrimonio del fallito. Aggiunse poi, che ad ogni modo la sentenza che dichiara il fallimento, può, al pari di qualsiasi altra, esser dichiarata esecutiva in Francia; il che già erasi stabilito dalla Corte di Colmar con sentenza 10 febbraio 1864 (Sirey, 1864, 2, 122). Del resto anche gli autori distinguono fra il caso in cui la sentenza estera debba dar luogo ad una vera esecuzione, e quello in cui debba soltanto essere opposta come una semplice *exceptio rei judicatae*. — Weathon, *Eléments de droit international* 2ª partie, chap. II, 21. Paris, 1848, t. 1, p. 148. — Vattel, *Droit des gens*, lib. II, ch. VII, §§ 83 e 85. — Westoby, *Législation anglaise a l'usage des étrangers*. Bruxelles 1853, p. 57. — È pure da vedersi *Pisanelli, Della competenza*, n° 1560, e *Scialoja Dell'esecuzione dei giudicati*, Cap. III, p. 102, nel Comment. al Cod. di proc. civile Sardo.

d'una sentenza dichiarativa di fallimento, in quanto che la medesima dovrebbe essere delibata non solo in tutti gli Stati, ove il fallito abbia dei crediti o dei beni, ma ovunque egli abbia dei creditori: di più, prima che la medesima potesse esser resa esecutoria in tutti gli altri stati le sostanze del fallito esistenti all'estero, potrebbero essere facilmente scomparse. Per contro col sistema esposto, la sentenza dichiarativa del fallimento, deve solo essere resa esecutoria al pari di qualsiasi altra sentenza dove il fallito trovisi avere dei beni, ed anche in questi Stati, la necessità di esservi resa esecutoria non impedisce, che, anche prima del *pareatis*, essa già esista nei rapporti privati dei creditori e del fallito: cosicchè i tribunali degli altri Stati, rendendola esecutoria, nulla aggiungono alla medesima, ma soltanto le attribuiscono forza e forma esecutiva.

Colla esposta teorica viene intanto ad essere tolta di mezzo una scissione compiuta che i trattatisti del diritto internazionale privato indussero fra due materie, che debbono esser rette da identici principii.

Mentre all'atto pubblico stipulato all'estero, ancorchè non reso esecutivo nello Stato, non negano quella certa efficacia che è necessaria per far rimanere senza effetto gli atti che si compiono dagli interessati per eluderne i patti e le conseguenze, sostengono per contro, in tema di sentenze pronunziate all'estero, che esse prima di aver subito il giudizio di delibazione, non possano avere nello Stato esistenza ed autorità di sorta, anche quando si tratti di semplici interessi privati, e non sia punto compromesso l'ordine pubblico (1).

Questa differenza di criterio manca di qualsiasi fondamento.

(1) Cotale è appunto, come si è visto, la dottrina e la giurisprudenza prevalente in Francia e nel Belgio.

Anche in materia di sentenze, al disopra dell'indipendenza dei singoli Stati, vi ha un principio superiore, il quale esige, che tutti si accordino in quei temperamenti, che siano necessarii per l'amministrazione della giustizia; un principio superiore per cui la presunzione di verità che milita per la cosa giudicata non deve essere circoscritta ai limiti di un territorio. Quindi è che le sentenze estere, effetto del quasi-contratto giudiziale, al pari degli atti stipulati all'estero, anche prima di essere rese esecutorie negli altri Stati, debbono avere un'autorità ed efficacia che quasi direbbesi *negativa*, la quale impedisca agli interessati di fare con effetto cosa od atto che valga ad eluderne gli effetti. Sarà vero allora che il giudizio di delibazione non crea la sentenza, nè gli attribuisce un'esistenza che prima non avesse, ma ad una sentenza, che già aveva un'esistenza compiuta e perfetta, per quanto s'attiene agli interessi privati, dà il suggello della pubblica autorità, attribuendole quell'*imperium*, quella *forza esecutiva*, in virtù della quale, si può procedere a un vero e proprio giudizio di esecuzione.

Questi principii, che sono comuni ad ogni specie di sentenze, applicati alla sentenza dichiarativa del fallimento, che per indole sua propria e peculiare produce effetti anche rimpetto a creditori che non presero parte alla sua pronunciazione, conducono a stabilire le seguenti norme, mediante le quali si fa agevole l'attuazione pratica d'un giudizio di fallimento unico ed universale:

1.° Giudice unico competente per dichiarare il fallimento dev'essere il giudice personale del fallito, ossia quello del suo domicilio.

2.° La sentenza da lui pronunciata, quanto alla propria efficacia negli altri Stati, può poi essere considerata sotto un duplice aspetto: — O qual documento constatante una certa condizione di cose e avente per effetto di togliere al fallito la disponibilità dei suoi beni, di arrestare le azioni individuali dei creditori, di annullare o di rendere annullabili certi atti. Sotto quest'aspetto la sentenza,

che dichiara il fallimento, è la constatazione d'un fatto, valevole per il fallito, per tutti i suoi creditori e per tutti i suoi beni, e anche senza essere resa esecutoria, può essere opposta a chiunque compia un qualche atto in contraddizione con essa, sia quale eccezione di cosa giudicata, sia qual documento in base a cui quell'atto debba essere privo di effetto: — essa insomma sotto quest'aspetto, senza poter avviare un vero e proprio giudizio di esecuzione, ha tuttavia un'efficacia negativa che vale ad impedire gli atti che si compiono anche all'estero per sfuggirne le conseguenze: così impongono l'interesse del commercio, l'uguaglianza fra i creditori, e i caratteri particolari del giudizio di fallimento:— O può invece considerarsi come un *titolo esecutivo* base e fondamento d'un vero giudizio di spropriazione dei beni mobili ed immobili posseduti dal fallito fuori dello Stato, e in allora questa *forza esecutiva* dee partire dall'autorità locale, previo un giudizio di delibazione, che deve restringersi ad esaminare se l'ordine pubblico e la competenza dei Tribunali dello Stato siano offese colla sentenza (1).

Si conciliano così le esigenze dell'universalità del giudizio di fallimento col rispetto dovuto al principio della sovranità territoriale dei singoli Stati.

Siccome intanto è questo il concetto, intorno a cui si rannodano le molteplici questioni che saranno trattate nel seguito, così non sarà inutile prendere in esame le obbiezioni che si possono muovere contro questo sistema.

Cotali obbiezioni sono di un doppio ordine:—Vi hanno cioè quelle di coloro, che, arditi innovatori della materia, vorranno senz'altro togliere di mezzo il giudizio di delibazione, dicendolo

(1) Sarebbe facile con questi principii determinare l'indole, lo scopo, i limiti del giudizio di delibazione, ma ciò esce dai limiti del presente lavoro.

un ostacolo all'accordo degli Stati per la retta amministrazione della giustizia: — e quelle di coloro che, ligi alla massima *extra territorium jusdicenti impune non paretur*, non vorranno consentire che la sentenza estera, anche prima di esser resa esecutoria negli altri Stati, possa esservi invocata qual documento e avervi un'efficacia qualsiasi, anche negativa.

Ai primi è facile il rispondere che per quanto possa essere l'accordo degli Stati per l'amministrazione della giustizia, non è tuttavia a desiderarsi che esso giunga a tale da far loro dimenticare la propria indipendenza e la tutela dell'ordine pubblico e della loro competenza.

Le convenzioni internazionali e sopratutto l'accordo in certe norme di competenza internazionale (1) potranno rendere minore

(1) La competenza internazionale, al pari della competenza interna fra i Tribunali di uno Stato, ha norme di ragione che la governano, le quali di leggieri potrebbero essere tradotte in altrettanti articoli di convenzioni internazionali. Solo a tal uopo gli Stati non dovrebbero informarsi all'intento di favoreggiare il suddito a danno dello straniero, ma contentarsi ciascuno di quella giurisdizione ordinaria, che è ammessa dalla scienza e riconosciuta dalle nazioni civili. — Viola, ad esempio, questa regola l'art. 14 del Cod. Nap. secondo cui il Francese può tradurre davanti ai suoi Tribunali qualsiasi straniero, trattisi d'obbligazioni contratte in Francia, od anche d'obbligazioni contratte all'estero da un Francese. Questa disposizione che gli stessi autori Francesi chiamano dura, esorbitante e contraria al diritto delle genti, anzichè giovevole, torna di pregiudizio al Francese, in quanto che, se questi siasi prevalso di simile giurisdizione arbitraria ed eccezionale, mal potrà ottenere che la sentenza ottenuta sia resa esecutoria in altro Stato. — Decisero in tal senso la Corte d'Appello di Torino con sentenza 21 giugno 1867 (*Ann. Giurisp.* I, parte 2.ª p. 287), e la Corte d'Appello di Firenze con sentenza 7 aprile 1869 (*Annali* IV, parte 2.ª pag. 98).

Può vedersi un progetto di trattato di competenza internazionale nella *Rivista di dir. intern.* più volte citata Anno I. p. 413 in cui, in tema di fallimento, si riconosce appunto la competenza personale del fallito.

l'importanza del giudizio di delibazione, restringere il numero dei casi, in cui debba essere richiesto e le ricerche da farsi nel medesimo; ma intanto esso sarà sempre istituzione acconcia per la tutela della competenza e dell'ordine pubblico nei singoli Stati, nè si può ora prevedere l'epoca, in cui possa essere abolito.

Al secondo ordine di obbiezioni che si trovano svolte dalla comune degli autori, sopratutto Belgici e Francesi (1), ben si può rispondere che è un concetto vieto che la giustizia emani unicamente dall'autorità territoriale: anche le sentenze pronunciatesi in altro Stato debbono avere per sè una presunzione di verità e quell'efficacia, in ordine agl'interessi privati, che non si nega all'atto pubblico stipulato all'estero.

La sentenza dichiarativa del fallimento, in quanto, prima di essere esecutoria, valga a togliere efficacia a quegli atti, anche compiuti all'estero, che rompano l'uguaglianza fra i creditori e sceminо l'attivo da ripartire fra essi, non pregiudica l'indipendenza fra gli Stati, ma opera soltanto in ordine ad interessi privati, rimpetto ai quali lo Stato, come deve talora applicare la legge estera, così non deve disconoscere l'estera sentenza. Che la legge dello Stato debba proteggere i suoi abitanti a qualsiasi costo, è ancora una re-

(1) MERLIN, *Questions de droit*, V. *Jugement* N.° 1.° — FOELIX, Op. cit. N.° 283. — DALLOZ, *Repert*, V. *Droit Civil* N.° 417. — BOITARD, *Proc. Civ.* T. II. N.° 321. — Del resto queste obbiezioni si possono trovare svolte con singolar facondia in una disputa stampata dal Prof. MANCINI nella causa Valentini contro i Sindaci del fallimento Giorgi innanzi alla Corte Suprema di Torino. — Per quanto la Corte Suprema con sentenza 13 aprile 1867 (*Giurisp.* IV, 289) abbia accolto di fronte alla legge positiva il sistema dell'illustre giureconsulto, non credo tuttavia che possa essere accolto di fronte all'esigenze teoriche e pratiche del giudizio di fallimento.

Quanto ai varii sistemi attualmente in vigore presso i popoli civili circa l'esecutorietà delle sentenze estere, può vedersi una dissertazione del Prof. ASSER nella *Rivista di dir. internaz.* Gand. 1869.

liquia di quell'antico pregiudizio, per cui si riteneva che lo Stato fosse tutore e moderatore degli interessi particolari dei suoi membri. Ora l'esperienza ha dimostrato che i privati cittadini sono i giudici migliori del proprio interesse, e che se essi, o per convenzione, o per libera scelta, si sottoposero ad altra legge o ad altra giurisdizione, la protezione che lo Stato deve accordare ai suoi cittadini, deve giungere fin dove possa essere compromesso il suo ordine pubblico, ma non andare più oltre. Senza di ciò con una protezione soverchia si compromettono quegli interessi stessi, che si vorrebbero tutelare, si esclude qualsiasi confidenza fra gli Stati, e mentre tutti dovrebbero essere concordi nell'assicurare efficacia alla cosa giudicata, questa potrà essere impunemente violata oltre i limiti del territorio dei singoli Stati, con iscapito dell'autorità di tutti.

§ 3.

Trattati internazionali e giurisprudenza universale.

La bontà dei sistemi e delle teorie trova il proprio suggello nella pratica attuazione: resta quindi naturale compimento all'esposta materia l'investigare in qual modo e con quali risultati siasi attuata l'universalità del giudizio di fallimento, segnatamente fra le nazioni Germaniche, che in questa parte precedettero tutte le altre.

La legislazione dell'Austria, vasto impero, che comprende paesi e provincie sottoposte a leggi ed amministrazioni diverse, in questa parte dovette adottare nell'interesse generale dei temperamenti che, collo svolgersi delle relazioni internazionali, potrebbero adottarsi fra Stato e Stato.

Secondo la medesima, come secondo le altre legislazioni Germaniche, non si fà distinzione assoluta fra la decozione del non com-

merciante ed il fallimento del commerciante; per l'una e per l'altro iniziasi quel processo che il regolamento generale Austriaco chiama *Edittale*, ed apresi il *giudizio di concorso*. Colla recentissima legge Austriaca del 25 dicembre 1868, con cui andò in vigore un nuovo regolamento sui giudizi di concorso, si introdussero bensì, nella parte relativa al concorso in materia commerciale, alcune disposizioni particolari al fallimento dei commercianti, tolte in gran parte alla legge Prussiana sui fallimenti dell'8 giugno 1855, ma con ciò non si alterò punto l'andamento generale dei giudizi di concorso (1).

L'aprire questo giudizio è di competenza del giudice personale del debitore; ma, una volta aperto il concorso, possono darsi due casi:

— O l'oberato possiede tutti i suoi beni immobili nella stessa *provincia* (per cui s'intende il territorio sottoposto ad uno speciale governo, come sarebbe stato, ad esempio, il Lombardo-Veneto) e in allora apresi un solo concorso alla giurisdizione del suo domicilio, a cui richiamansi tutti i beni mobili del fallito, ancorchè trovinsi in altra provincia (2).

— O l'oberato possiede per contro dei beni immobili anche in altre provincie, e in allora si avrà un *concorso principale* al domicilio di esso, e tanti *concorsi accessori* quante sono le diverse provincie, in cui il debitore possiede degli stabili, dinanzi al Giudice, sotto la cui giurisdizione possiede la maggior quantità di beni. Intanto però in questo caso l'istanza per l'apertura del concorso deve sempre essere presentata al *giudice personale* da cui viene no-

(1) Geyer, *Della legislozione Austriaca* dal fine del 1867 al fine del 1868. (*Rivista di dir. internaz.* Gand. 1869 p. 379).

(2) Gennari, *Corso di procedura civile giudiziario vigente nel Lombardo-Veneto*, Vol. 3.° § 139. — Sonzogno, *Manuole di procedura civile giudiziaria negli affari contenziosi* pag. 213. — *Reg. generale Austriaco* § 70 e 71.

tificata a tutti i giudici a cui spetta aprire i concorsi *accessori* e *parziali*.—Inoltre mentre questi non comprendono che i *beni mobili* ed *immobili* dell'oberato che si trovano nella provincia, il *concorso principale* esercita invece il suo effetto su tutta la *sostanza mobile* ed *immobile* situata nella provincia in cui l'oberato ha il suo domicilio, su tutta la *sostanza mobile* che egli possiede in provincia, ove non ha alcuno immobile, e infine su tutti i *crediti ed azioni attive* del fallito.

Di quì appare di leggieri, che questa molteplicità di concorsi ha per iscopo piuttosto di agevolare le operazioni del concorso, anzicchè di scinderlo in distinti giudizii; tanto è vero, che l'istanze dei creditori possono inoltrarsi presso qualsiasi di tali concorsi, e debbono in tal caso mantenersi in continua corrispondenza i giudici del concorso, gli amministratori della massa ed il curatore alle liti, affinchè nessun creditore venga a conseguire nelle diverse provincie il pagamento di somma maggiore di quella, che gli è dovuta (1).

Che un simile sistema possa facilmente dalle provincie d'un solo-Stato, essere trasportato nelle relazioni internazionali, è dimostrato da ciò che l'Austria offre identità di trattamento agli altri Stati sotto condizione di reciprocanza (2), ed ammette che un concorso aperto all'estero, sotto tale condizione possa richiamare tutte le sostanze mobili dal debitore possedute in provincia in cui non abbia il domicilio, nè possegga immobili, come pure le azioni attive che gli competono. Per verità il decreto aulico del 13 ottobre 1815 n.° 1180 dichiara *che un credito che un'oberato straniero ha da riscuotere nell'impero Austriaco, ancorchè colpito da sequestro, debba consegnarsi all'istanza di concorso estera, previa promessa di recipro-*

(1) *Regol. gen. aust.* § 153.

(2) *Regol. cit.* § 155.

città in casi analoghi. Di più con ordinanza del Ministero di giustizia del 1.° giugno 1857 si è prescritto che l'aprimento del concorso si debba render noto, per mezzo dei fogli pubblici, negli altri dominii e all'estero, quando risulti che ivi dimorino creditori, o si trovino sostanze dell'oberato (1).

Del resto questo sistema con notificazione 16 marzo 1845 venne posto a base delle relazioni internazionali colla Prussia in materia di concorsi (2). — Ivi si è convenuto che i beni mobili, fra cui si comprendono i crediti pecuniarii che il fallito abbia nell'altro Stato, ove non possegga stabili, debbono esser consegnati al Governo presso cui siasi aperto il concorso, e ciò anche quando sopra di essi siasi già posto un sequestro. Che anzi i diritti di pegno e di ritenzione che possono competere a creditori nazionali su tali beni, solo rimangono in vigore, quando siansi acquistati prima dell'aprimento del concorso; con che si riconosce appunto all'apertura di concorso seguita all'estero, un efficacia per cui si nega effetto a quegli atti con cui si cerchi d'eluderne le conseguenze. — Che se nell'altro degli Stati contraenti esistono degli immobili spettanti all'oberato, si dovrà, ad istanza degli interessati, aprirvi un concorso presso il giudice, sotto la cui giurisdizione siano situati gli immobili.

Non parlasi quì di delibazione della sentenza che apre il concorso; perchè tale apertura si ritiene quale atto di giurisdizione volontaria, che non abbisogna di delibazione: ma è però facile il vedere che non ne occorreva il bisogno, dal momento che il concorso nello Stato, ove il fallito possiede degli immobili, deve essere aperto dall'autorità locale, la quale negherà di farlo, quando l'autorità

(1) Sonzogno, Op. cit. p. 213 e 470.

(2) Può vedersi il tenore di questa convenzione nel Gennari. Op. cit. vol. III, § 146. L'identico sistema fu pure adottato nelle convenzioni fra l'Austria e la Sassonia del 2 marzo 1854.

estera, aprendo essa il concorso principale, abbia violata la competenza e l'ordine pubblico dello Stato. — Intanto, se all'apertura d'un concorso accessorio nello Stato, ove il fallito possiede immobili, si sostituisca l'esecutorietà della sentenza, che dichiarò il fallimento al domicilio del debitore, si potrà facilmente pervenire all'attuazione d'un giudizio di fallimento unico ed universale.

Questo appunto cercò di raggiungere la Prussia nelle convenzioni con altri paesi in materia di concorso.

Essa in questi trattati pose a base la propria legge sui fallimenti (1), secondo la quale non può esservi che un solo fallimento che apresi dal Tribunale del domicilio del fallito. Questo Tribunale richiede della loro cooperazione tutti gli altri Tribunali Prussiani e se vi siano beni situati all'estero, cercasi anzitutto se vi siano trattati con questo paese; anche quando non ve ne siano, si richiede il Tribunale estero del suo concorso alle operazioni del fallimento, e se questo concorso sia ricusato, il curatore della fallita è incaricato di vegliare agli interessi dei creditori Prussiani in quello speciale concorso che si aprirà all'estero. — Se poi siavi trattato, i beni dal fallito posseduti all'estero, si vendono e se ne versa il prezzo al Tribunale del fallimento. — La graduazione poi dei creditori personali si fa secondo la legge del luogo dell'aperto fallimento, ma le quistioni di priorità dei creditori con pegno od ipoteca si risolvono secondo la legge del luogo ove si trovano i beni immobili, o mobili sovra cui competono. — È tuttavia a notarsi, che, quanto ai creditori con diritto di prelazione, i trattati della Prussia si appigliano ad un doppio espediente. — Ci attesta infatti il Savigny che, secondo le convenzioni internazionali anteriori al 1819, anche il creditore con ipoteca doveva proporre la propria azione al Tribunale del fallimento, ed ottenere ivi la propria col-

(1) L'ultima legge Prussiana in proposito è quella dell'8 giugno 1855.

locazione: che per contro, secondo i trattati posteriori al 1819, i creditori con ipoteca sopra stabili situati all'estero possono proporre la propria azione anche dinnanzi al Tribunale della situazione dell'immobile, finchè non ne fu investito il Tribunale del fallimento; in tal caso i beni ipotecati sono venduti, il prezzo ne è distribuito ai creditori ipotecarii e il soprappiù versato al Tribunale del fallimento (1). Queste ultime stipulazioni furono una conseguenza di ciò che la legge Prussiana sui fallimenti, a cui si conformò pur anche la recente legge Austriaca, consente a tutti i creditori muniti di pegno e di ipoteca, anche su beni esistenti nello Stato, di farsi pagare direttamente sulla cosa vincolata, mantenendosi estranei al giudizio di fallimento.

Gli altri Stati, per quanto ne sappia, non provvidero ancora con trattati internazionali al gravissimo argomento, nè la loro giurisprudenza informasi ai veri principi.

Incominciando dalla giurisprudenza Inglese ed Americana, la guida più sicura sarà al certo lo Story, il cui libro classico sul diritto internazionale privato è notabile sopratutto per la ricchezza dei materiali raccolti sulla universale giurisprudeuza.

Esso non ammette pur il dubbio, che un fallimento dichiarato all'estero possa comprendere i beni stabili situati in altro paese: anzi và fino ed ammettere che il fallito non abbia obbligo, nè per legge, nè per equità, di fare trasmissione ai Sindaci degli stabili che possegga in estero paese (2).

Per quello poi, che si riferisce alla sostanza mobiliare, la Giu-

(1) Savigny, *Traité de Droit Romain*.—Vol. VIII, § 174 lett. E pag. 288.— Tra le convenzioni internazionali della Prussia sono notabili quelle col Veymar del 1824 e quelle col regno di Sassonia del 1839 a tenore delle quali se ne stipularono molte altre cogli altri Stati Germanici.

(2) Story, *Conflite of law* Ch. X. *Real property* § 428. A scanso d'equivoci avverto che ebbi a servirmi dell'edizione di Boston del 1834.

risprudenza Inglese ed Americana, informata al concetto che i beni mobili non hanno sede fissa, ma per finzione di legge seguono sempre il proprietario (1) è concorde nel riconoscere che i Sindaci del fallimento dichiarato all'estero hanno qualità per chiedere ed ottenere la vendita e la spropriazione della sostanza mobile del fallito, ancorchè si trovi all'estero. Vi ha, ciò non ostante, grave divergenza allorchè questo diritto dei sindaci viene ad essere in urto col diritto d'un creditore che abbia posto un sequestro sulla sostanza mobile del fallito esistente all'estero. Per comprendere a questo riguardo la teoria Inglese ed Americana vuolsi aver presente che secondo quelle legislazioni la dichiarazione di fallimento opera per legge una specie di trasmissione involontaria (*in invitum*) della proprietà del fallito di cui vengono ad essere investiti i sindaci del fallimento (*assignees*), e il fallito dopo esser dichiarato tale è come *civiliter mortuus*, cosicchè lo Story non teme di paragonarlo a persona deceduta, di cui aprasi la successione (2).

Fu quindi questione di vedere se questa trasmissione involontaria operata per forza di legge, in caso di fallimento, avesse efficacia universale, e comprendesse perciò anche la sostanza mobile dal fallito posseduta all'estero. Così le Corti Inglesi che Americane sembrano ammetterlo, ma con efficacia e conseguenze molto diverse.

Secondo la giurisprudenza Inglese, a cui si uniscono pur anche alcune Corti Americane, e che sembra essere divisa dallo Story, questa trasmissione operata in virtù di legge investe i sindaci della proprietà mobile del fallito, per guisa che, anche i creditori

(1) Questo concetto è così radicato in quelle legislazioni che se ne risente lo stesso linguaggio in quanto che i beni mobili son detti *proprietà personale* (*personal property*).

(2) Op. cit. § 404.

esteri non possono eluderne le conseguenze: cosicchè se questi sequestrassero la sostanza mobile o i crediti posseduti dal fallito all'estero, un simile sequestro non avrebbe efficacia, nè loro attribuirebbe preferenza di fronte al diritto dei sindaci. Questo è principio adottato, a cui lo Story aggiunge il conforto di molte massime e decisioni, che sarebbe inutile di riportare (1).

Per contro, secondo la giurisprudenza della massima parte fra fra le Corti Americane, i sindaci, più che investiti della proprietà mobile del fallito, sono semplici amministratori di essa, hanno titolo soltanto per farsela attribuire, e debbono perciò proporre un'azione nel luogo ove i mobili si trovano, in quella guisa che debbono proporre un'azione per farsi pagare un credito del fallito. Di qui conseguita che, se prima di essi, un creditore estero sequestri le sostanze medesime in conformità dalla propria legge, questo sequestro gli attribuirà preferenza di fronte al diritto dei sindaci « Sarebbe assai pericoloso, dissero alcune di queste Corti, » ai diritti ed azioni dei nostri cittadini di permettere che trasmis» sioni operate, in forza di legge estera, prevalessero alla loro sol» lecitudine in proporre la propria azione innanzi alle nostre Corti. » La più utile e pratica regola è, che questa trasmissione della » sostanza del fallito, operata in forza di legge, valga soltanto en» tro i limiti del territorio. Se i nostri cittadini agiscono, in con» formità delle nostre leggi, sulla proprietà del debitore che è » posta sotto la nostra giurisdizione, non è giusto nè ragionevole, » che essi perdano il frutto della propria diligenza, e che siano » mandati in estero paese a ricevere quel dividendo degli effetti

(1) Sarebbe qui affatto fuor di luogo un lusso di facile erudizione, che può facilmente trovarsi nell'autore originale — V. Story Op. cit, § 406 e seg. in cui si seguono con singolar cura e coscienza le fasi della giurisprudenza, riferendo in proposito le decisioni più notabili e le opinioni dei grandi giureconsulti del paese.

» del fallito, che loro accordi l'estera legge. Se ciascun governo, » in caso di insolvenza, sequestrasse e distribuisse le sostanze che » sono sotto la sua giurisdizione, il generale risultato sarebbe » favorevole all'interesse dei creditori e all'armonia delle na» zioni (1) ».

Il principio *tot patrimonia quot territoria* non potrebbe essere più nettamente formulato, ma con tutto ciò lo Story, gravissima autorità, ancorchè Americano e tuttochè niente proclive ad arditezza di opinioni, potè dire che un simile sistema condurrebbe a gravi inconvenienti e a grande confusione, sarebbe sorgente di molte frodi ed ingiustizie, e turberebbe l'equità di qualsiasi ordinamento dei fallimenti (2).

Quanto alla giurisprudenza Francese e Belgica (3) le opinioni degli autori e le sentenze dei magistrati che si ebbe occasione di citare, provano a sufficienza come siasi ben lungi dall'ammettere, non che in pratica neppure in dottrina, l'universalità del giudizio di fallimento.

È tuttavia a sperarsi che, quando il termine d'una guerra disastrosa darà campo di pensare al modo di riparare ai danni sopportati dal commercio di tutte le nazioni, l'esempio di quello Stato, il cui ordinamento militare fece così buona prova, non potrà essere pienamente dimenticato anche in ciò che può essere di giovamento alle arti della pace.

(1) Id. Op. cit. § 414.

(2) Id. id. Op. cit. § 405.

(3) Secondo l'attestazione dello Story concorda pure la Giurisprudenza dell'Olanda (§ 417).

CAPITOLO IV.

CONFLITTO DI LEGGI DURANTE LE OPERAZIONI DI FALLIMENTO.

Ad jura igitur domicilii debitoris, ubi fit concursus creditorum, regulariter respiciendum erit.

Hertius — *De collisione legum.* Sect. IX.

Iura tamen creditorum in decisoriis remanent integra et illaesa, prout illis ante tale judicium competebant.

Casaregis — *De commercio.* Disc. 130. N.° 27.

Aperto così il giudizio di fallimento e richiamate tutte le questioni che lo riguardano ad un unico foro competente, è facile il prevedere come, durante le lunghe e complicate operazioni del fallimento, possano essere frequenti e molteplici i conflitti fra le varie legislazioni.

Il fallimento, nella sua più larga significazione, può essere deffinito un'esecuzione comune nell'interesse di tutti i creditori, avente per iscopo di procurare ad ogni creditore la misura di soddisfacimento che gli è dovuta, giusta la qualità e l'ammontare del suo credito e le forze della sostanza abbandonata dal debitore ai propri creditori.

Per conseguire questo intento, le operazioni del fallimento trascorrono per vari stadii, che tutti si possono richiamare ai seguenti:

1.° *Apertura del giudizio di fallimento*, che si opera mediante una sentenza, con cui, riconosciuta e resa nota l'insolvenza del

debitore, si danno i provvedimenti necessarii per assicurare e conservare la di lui sostanza nell'interesse dei creditori: basta tale sentenza per privare il fallito dell'amministrazione, investirne i sindaci, arrestare le azioni individuali dei creditori e il decorso degli interessi, rendere esigibili i crediti con mora, annullare e rendere annullabili certi atti;

2.° *Verificazione dei crediti* colla quale si propongono e si accertano le pretese dei singoli creditori;

3.° Il *tentativo d'amichevole componimento* fra il debitore e i suoi creditori, che in questo giudizio assume un' indole affatto peculiare e addimandasi *concordato;*

4.° La *graduazione* dei *creditori* colla quale si stabilisce l'ordine con cui debbono essere soddisfatte le rispettive pretese dei creditori, e a cui sussegue il pagamento dei medesimi;

5.° A questa serie d'operazioni può essere aggiunta la *riabilitazione* del fallito, con cui si tolgono di mezzo le ultime conseguenze del fallimento quanto alla persona del debitore.

In ciascuno di questi stadii, trattandosi di fallimento che comprenda beni e creditori di diversi paesi, si presentano molteplici conflitti di legislazioni diverse, in cui talora trovano applicazione, e talora, per l'indole e l'esigenze particolari del giudizio di fallimento, patiscono eccezione le regole comuni del diritto internazionale privato.

Per trattarne con ordine importa dividere la materia in altrettanti paragrafi corrispondenti ai singoli stadi del giudizio di fallimento.

§ 1.

Sentenza dichiarativa del fallimento e suoi effetti.

Presentasi anzi tutto la sentenza che dichiara il fallimento coi gravissimi effetti che ne conseguono.

A questo riguardo, non abbisogna di essere dimostrato, che è secondo la legge del luogo, ove trovasi aperto il giudizio, che vuolsi provocare e pubblicare la dichiarazione del fallimento, determinare la incapacità del fallito, la potestà dei sindaci, l'autorità del Giudice delegato o Commissario, l'esigibilità dei crediti con mora, l'arrestarsi delle azioni individuali dei creditori e del decorso degli interessi: ma il dubbio si fa grave, allorchè trattisi della nullità od annullabilità di atti compiutisi dal fallito in epoca prossima al fallimento. — Se tali atti siansi formati all'estero o stipulati con cittadini d'altri paesi, e siano relativi a beni mobili od immobili altrove situati, si dovrà in tal caso, per giudicare se essi siano nulli od annullabili, applicare la legge del giudizio, o quella del contratto, o quella della situazione dei beni? In altri termini, si dovranno in questi casi applicare le regole comuni somministrate dal diritto internazionale privato circa la nullità, la rescissione o la risoluzione delle obbligazioni, oppure dovrà farsi sottentrare alle molteplicità delle leggi, a cui potrebbero essere sottoposti tali atti, un'unica legge, cioè quella dell'aperto fallimento?

Da una parte non sembra ragionevole, che atti, che nel loro nascere e formarsi subirono una certa legge, siano, per il loro annullamento, governati da legge diversa: dall'altra per contro, è ripugnante, che, mentre la nullità od annullabilità di questi atti trova la propria ragione nell'intento di mantenere l'uguaglianza fra i creditori, si debbano poi, nel porla in atto, applicare leggi molteplici e diverse.

Per rispondere all'ardua questione è a considerarsi che la nullità ed annullabilità di questi atti trova la propria causa in ciò, che l'incapacità personale del fallito retroagisce a quell'epoca anteriore all'effettivo fallimento, in cui, per presunzione di legge, già poteva conoscere il dissesto dei propri affari, e presentire la sua prossima ruina. In questa parte pertanto può dirsi che la sentenza dichiarativa del fallimento ha effetto retroattivo, ed è per un difetto di capacità personale del fallito, che vengono, per una disposizione speciale di legge, ad annullarsi o a dichiararsi annullabili certi atti dal medesimo compiuti. Siccome poi, la capacità personale del fallito è senza dubbio regolata in questa parte dalla legge del suo domicilio, ossia dell'aperto fallimento, così ne seguita, che è questa legge parimenti che vuol esser presa qual criterio e stregua comune per annullare certi atti compiutisi dal fallito in quel numero di giorni anteriore all'apertura del fallimento, a cui retroagisce l'incapacità di esso. Così deve essere tanto più, in quanto che la nullità od annullabilità di tali atti è conseguenza ed effetto immediato della sentenza che dichiara il fallimento, nè si potrebbe comprendere che tale sentenza possa produrre un simile effetto in conformità di legge diversa da quella sotto il cui impero fu pronunziata.

Non è tuttavia a credersi, che la risoluzione, nullità e rescissione di tutti gli atti compiuti dal fallito subisca la legge del fallimento; ciò sarebbe un gravissimo errore, in quanto che quest'eccezione alla regola generale e al diritto comune solo ha ragione di essere per quegli atti, che diventano nulli od annullabili per conseguenza immediata della dichiarazione di fallimento.

Nè dicasi che con ciò venga ad esservi contraddizione, poichè altra è la nullità o rescissione d'un'atto, a cui prese parte il debitore poscia fallito, per condizioni intrinseche all'atto stesso; ed altra è la nullità od annullabilità degli atti da esso compiuti proce-

dente unicamente da ciò che il debitore sia caduto in fallimento pochi giorni dopo. Mentre le azioni di nullità e di rescissione in genere sottostanno alle regole comuni e quindi debbono esser regolate da quella legislazione a cui sia soggetta l'obbligazione a cui si riferiscono: le nullità ed annullabilità per contro, che procedono da un'incapacità retroattiva annessa alla condizione di fallito, non possono esser regolate che dalla legge che governa la capacità del fallito, e a tenore della quale si pronunziò la sentenza dichiarativa del fallimento.

La giurisdizione innanzi a cui si può far valere tale nullità od annullabilità può essere diversa secondo che sia proposta in via d'azione o d'eccezione, e può quindi essere o quella dell'aperto fallimento, o quella della cosa donata o ipotecata, o quella del contratto (1); ma intanto la legge, secondo cui si dee determinare se una donazione, un pegno, un anticresi, un'ipoteca, un pagamento, una vendita, o qualsiasi altro atto compiutosi dal fallito debba ritenersi nullo od annullabile per essersi fatto in epoca prossima al fallimento, dovrà sempre essere quella del luogo, in cui si agita il giudizio di fallimento.

Fra gli effetti della sentenza che dichiara il fallimento, e le misure conservatorie del patrimonio del fallito è da notarsi ancora che i sindaci del fallimento, secondo quasi tutte le legislazioni, hanno obbligo di procedere all'apposizione dei sigilli, e di iscrivere un'ipoteca su tutti i beni stabili del fallito di cui conoscono l'esistenza. — Potrà quest'ipoteca essere iscritta dai sindaci, anche sui beni che si trovino in istato diverso da quello in cui siasi dichiarato il fallimento? In Francia e nel Belgio sembra prevalere l'opinione negativa, e ciò in conseguenza del sistema accolto dal

(1) Parodi, *Diritto Commerciale* Vol. I. pag. 207 e seg.

Cod. Nap. secondo cui l'ipoteca legale estera non può per regola generale essere riconosciuta ed iscritta sui beni stabili situati in Francia (1).

Questa pratica e dottrina non può essere accolta di fronte ai principii: una volta ammesso, che la sentenza estera dichiarante il fallimento deve avere l'autorità della cosa giudicata per molti gravissimi effetti che ne conseguono, non si può comprendere perchè essa non possa attribuire facoltà di iscrivere ipoteca sopra tali beni. Solo è a ritenersi, che, siccome l'iscrizione di tale ipoteca può per proprio effetto condurre all'espropriazione ed alla vendita degli stabili sovra cui è iscritta, dando argomento a un vero e proprio giudizio d'esecuzione, così, secondo le regole stabilite, per iscrivere tale ipoteca è necessario che la sentenza sia dichiarata esecutoria negli Stati, in cui si tratta d'iscriverla. Intanto però non sarà a temersi che altra ipoteca iscritta prima di quella dei Sindaci nell'interesse della massa, possa avere il sopravvento sopra la medesima, poichè tale iscrizione rimarrebbe senza effetto, essendo fra quegli atti che pregiudicano l'uguaglianza fra i creditori (2).

§ 2.

Verificazione dei crediti.

Passando ora a quella serie di operazioni, per cui passa ciò che dicesi la *carriera* del fallimento, importa anzi tutto stabilire una regola generale, ed è che in tutto ciò che s'attiene alla procedura del giudizio di fallimento, al potere dei Sindaci, al controllo del-

(1) Cod. Nap. art. 2128. V. Demangeat sur Foelix n.° 467 in nota.

(2) Di questa materia sarà più largamente ragionato ove si tratterà delle relazioni di prelazione fra i creditori del fallito.

V. questo Capitolo al § 4.°

l'Autorità giudiziaria, al modo di convocazione dei creditori, al termine utile per la loro comparizione, la legge da osservare si è quella del luogo, ove trovasi aperto il giudizio di fallimento. Conviene in quest'argomento distinguere col Casaregis e col Savigny (1), fra ciò che appartiene alla procedura, e ciò che riguarda i diritti dei creditori che concorrono nel giudizio di fallimento. Dice opportunamente il Casaregis, che intento dall'universalità del giudizio di fallimento si è di far conoscere e risolvere in un unico giudizio tutte le questioni circa i diritti dei singoli creditori, ma che intanto questi diritti debbono rimanere integri ed intatti e nella condizione stessa, in cui erano prima dell'apertura del giudizio di fallimento. In altri termini, quantunque il giudizio di fallimento deroghi alle giurisdizioni speciali delle singole obbligazioni e le richiami tutte all'unica giurisdizione del domicilio del fallito e la sentenza dichiarativa del fallimento sia universale nei proprii effetti rimpetto a tutti i beni e a tutti i creditori del fallito, ciò non impedisce tuttavia che nell'apprezzamento e nella valutazione dei diritti dei singoli creditori debbasi applicare una legge diversa da quella dello Stato in cui segue il giudizio.

La necessità di applicare una legge estera comincia specialmente a manifestarsi in quel periodo del fallimento in cui si procede alla verificazione dei crediti, potendo avvenire frequentemente, che la forma con cui il fallito abbia assunto una propria obbligazione, ovvero la sostanza o gli effetti della medesima siano regolati da legge diversa da quella del luogo in cui si agita il giudizio di fallimento.

In tal caso dovranno applicarsi le regole generali somministrate dal diritto internazionale privato, perchè, se il giudizio di falli-

(1) Casaregis, *De commercio*, Disc. 130, n.° 27. — Savigny, Op. cit. t. VIII, § 374.

mento deroga alle giurisdizioni speciali delle singole obbligazioni assunte dal fallito, non le sottrae però alle leggi che ne regolarono la forma o che debbono determinarne la sostanza e gli effetti (1): solo è da aversi presente l'eccezione superiormente fatta circa la nullità od annullabilità di certi atti susseguente alla sentenza che dichiara il fallimento.

Sopratutto poi importa in quest'argomento di prescrivere per la sentenza che apre il giudizio quella pubblicità, che è necessaria perchè venga a notizia di tutti i creditori del fallito, accordando ai creditori esteri un termine più lungo per comparire e proporre i propri crediti (2). — Che se, per non ritardare di troppo le

(1) In materia convenzionale la regola suprema del diritto internazionale privato, si è che debba prevalere la legge a cui abbiano inteso di sottomettersi i contraenti; e ciò perchè, come già si osservò altrove, in materia di convenzioni, da quei patti in fuori che intaccano l'ordine pubblico, i buoni costumi, o l'organismo territoriale, la legge non fa che supplire alla volontà non espressa dai contraenti. Questa è appunto la regola adottata dal Cod. civ. ital.; se non che per togliere i dubbii a cui lascia adito l'interpretazione della volontà dei contraenti, presume fino a che non sia provata l'intenzione contraria, che i contraenti quanto alla forma dell'atto, abbiano inteso di riferirsi alla legge del luogo, in cui si operò il contratto e quanto alla sostanza ed agli effetti dell'obbligazione, alla legge del luogo, ove seguì il contratto, od alla legge nazionale, quando i contraenti appartengono alla stessa nazione (Disp. prelim. art. 9) VACCARONE, SPANNA, ASTENGO, *Commentario al Cod. Civ. ital.* art. 9. — PESCATORE, *Logica del diritto*, parte 2.ª capo XVI. e seg.

Quali siano poi i criterii per giudicare in questa parte dell'intenzione dei contraenti, fu discusso con sottigliezza d'analisi maravigliosa dal SAVIGNY (Op. e tom. cit.), e le regole da lui stabilite se non come precetti legislativi, debbono però, anche di fronte alla nostra legge, essere di norma ai giudici per apprezzare la vera intenzione delle parti contraenti.

(2) In ciò sono concordi tutte le legislazioni dei popoli civili. Cod. di Comm. ital. art. 601; per l'Austria V. ordinanza già citata dal Ministero di Giustizia

operazioni del fallimento, si potrà cominciare dall'addivenire alla verificazione fra i creditori dello Stato, od anche a ripartizione fra gli stessi, si dovrà però sempre provvedere all'interesse dei creditori che siano fuori dello Stato, riservando ai medesimi la porzione corrispondente alla somma per cui siano portati in bilancio (1).—Trascorso infine il termine più lungo accordato per proporre a verificazione e affermare con giuramento i crediti di coloro che dimorano all'estero (2), si può addivenire al riparto fra i creditori verificati, anche delle somme già poste in riserva. I creditori esteri in tal caso, quando i riparti fra i creditori verificati siano diffinitivi, verrebbero a decadere da qualsiasi diritto sopra il patrimonio del fallito. La gravità della pena, e la brevità stessa del termine (3) prescritto per proporre i crediti a verificazione, dovrebbe almeno fare escludere tale decadenza nei casi di forza maggiore, quale sarebbe, ad esempio, quello dell'interruzione di comunicazioni per causa di guerra, per non togliere in tal caso ai creditori esteri qualsiasi azione sul patrimonio del fallito. La legge, osserva il Parodi (4), ben può punire la negligenza, e desumerne anche la tacita rinunzia del creditore, ma non deve far perdere i suoi diritti a chi sia impedito di esercitarli. Quindi è che oggidì ancora sarebbero prudenti le cauzioni, che un tempo si facevano prestare in occasione di tali riparti sotto promessa *de restituendo, vel contribuendo cum aequalia vel potiora iura habentibus*, di cui par-

1° giugno 1857, e per l'altre legislazioni SAINT JOSEPH — *Concordance entre les Codes de Commerce.*

(1) Cod. di Comm. ital. art. 680 e 681.

(2) A ragione il Cod. di Comm. ital. (art. 607) accorda al Giudice delegato facoltà di dispensare il creditore estero dal giuramento.

(3) Il termine maggiore secondo il Cod. di Comm. ital. è quello per i creditori dimoranti fuori d'Europa, ed è di 180 giorni.—Art. 601, ultimo capoverso.

(4) *Diritto Comm.* Vol. II. pag. 18.

lano tutti gli antichi maestri sul giudizio universale di concorso aperto in caso di fallimento (1).

Che se all'epoca in cui il creditore estero propone la sua domanda dopo la decorrenza dei termini, i riparti non siano ancora deffinitivi, non gli si può certo contestare il diritto di fare opposizione per essere collocato sui riparti che ancora rimangono a farsi, anche per quella parte che gli sarebbe toccata sulle ripartizioni anteriori (2).

Altre complicazioni possono poi sorgere quando il credito proposto da un creditore estero venga ad essere contestato, e per trattarne piglierò a base la nostra legge positiva. Essa, in caso di contestazione d'un credito proposto a verificazione, mentre rispetta la competenza assoluta per ragion di materia, deroga invece alla competenza per ragion di territorio: non potendo richiamare tutte le questioni al Tribunale del fallimento, per esservi certe questioni di natura essenzialmente civile che sfuggono alla competenza consolare, volle tuttavia per la celerità delle operazioni del fallimento, e per rompere, il meno che fosse possibile, la centralità di cui abbisogna un tale giudizio, che in simili contestazioni giudicasse o il Tribunale del fallimento, o il Pretore e Tribunale competente del luogo ove trovasi istituito il giudizio, secondo che trattasi di credito commerciale, ovvero di credito civile (3).

Una simile disposizione dovrà eziandio applicarsi allo straniero, il cui credito sia contestato? non sarà questa una deroga non abbastanza giustificata ai principii di giurisdizione internazionale?

Nel corso della trattazione già si è visto più volte come il giudizio di fallimento, per la sua indole peculiare, sfugga bene spes-

(1) STRACCA, *De decoctoribus.* pars ultima. *Qui potiores in bonis creditorum habeantur* n.° 35.

(2) Codice di Commercio ital. art. 614.

(3) Codice di Comm. art. 608.

so alle regole comuni. È certo che, dirimpetto al rigore dei principii, la nostra legge non potrebbe sottrarre la contestazione d'un credito surto all'estero dalla sua giurisdizione ordinaria e naturale; ma una simile disposizione universalmente adottata e accolta nei trattati, mentre, coll'essere reciproca, cesserà dall'essere pericolosa, sarà poi sempre una misura che renderà più spedita e più semplice la risoluzione delle infinite questioni che si aggruppano ed incrocicchiano nel giudizio di fallimento.

Non vi ha intanto dubbio che di fronte a un precetto della nostra legge così preciso e indistinto, anche il creditore estero dovrà subirne l'impero.

§ 3.

Concordato.

Compiuta la verificazione dei crediti, vogliońsi prendere misure decisive sulla sorte del fallito e del fallimento, e a tal uopo si convocano tutti i creditori debitamente riconosciuti ed ammessi per vedere se sia il caso o non di venire a trattative col fallito e di consentirgli il concordato.

Questo è uno dei singolari benefizii, che il buon senso dei Commercianti indusse per il fallito: gli autori stentano a descriverne la natura e l'indole, ma tutti ne riconoscono i vantaggi : la stessa Austria che nel suo codice generale ammetteva un tentativo di amichevole componimento, ma non un vero concordato, l'accolse ora per i commercianti nella sua recente legge sui fallimenti (1).

(1) Cod. Gen. Austriaco § 1020. Reg. gen. Austr. § 98. Attesta il GEYER che quantunque nella discussione della legge 25 aprile 1868 molti combattessero il concordato per la violenza che con esso si fa alla minoranza, si riconobbe tuttavia che esso è una necessità economica e che la moralità nulla avrebbe a guadagnare colla soppressione di esso.

Il modo di formare il concordato, l'adunanza in cui dev' essere consentito e sottoscritto, la maggioranza dei creditori necessaria per consentirlo, le opposizioni che si possono fare al medesimo, e il modo di farle, quando esso debba essere risolto od annullato, la necessità della omologazione e gli effetti della medesima, sono tutte disposizioni di procedura, leggi d'ordine pubblico, e ciascuno Stato, in cui si dichiarò il fallimento, ha diritto di applicare le proprie leggi.

Solo si può dubitare se per giudicare della capacità o non del fallito per ottenere il concordato, debba essere applicata la legge nazionale, oppure quella del luogo, ove trovasi aperto il giudizio di fallimento. Il dubbio proviene da ciò, che la capacità della persona, secondo i veri principii, dev'essere regolata dalla legge della nazione a cui essa appartiene; ma se si consideri che è per ragioni di moralità e di ordine pubblico che le leggi dei singoli Stati respingono certe persone dal benefizio del concordato, è uopo conchiudere che, per giudicare se altri debba o non essere ammesso al concordato, sia pure da applicarsi la legge del luogo, ove risiede il Tribunale del fallimento.

Ma le questioni più gravi in questa materia si presentano circa l'efficacia negli altri Stati del concordato conchiuso ed omologato dal Tribunale del luogo, ove seguì il giudizio di fallimento. Questo concordato varrà esso per tutti i creditori nazionali ed esteri, ancorchè non abbiano presa parte alla sua discussione e formazione? Il fallito che, in virtù del concordato, rientra nell'amministrazione dei beni che trovansi nello Stato, ripiglierà pur anco l'amministrazione di quelli, che trovansi fuori dello Stato? Perchè produca tali effetti all'estero, il concordato dovrà prima esservi reso esecutorio?

Ecco una serie di dubbii, prima di rispondere ai quali, è bene pigliare in esame i varii sistemi propugnati dagli autori.

Vi ha un primo sistema secondo cui il concordato è uno speciale modo di liberazione stabilito dalla legge di uno Stato, e non può essere opposto ai creditori esteri, che non siano intervenuti nella discussione del medesimo. Che anzi, secondo questa dottrina, propugnata dal Renouard e dal Massè (1), il concordato formato all'estero non può essere omologato in Francia, perchè i Tribunali francesi debbono rifiutare l'omologazione a un concordato, se non conoscano perfettamente la moralità del fallimento aperto, instrutto, continuato in loro presenza e sotto la sorveglianza speciale e quotidiana del giudice delegato.— Aggiunge poi il Massè che se il concordato fu omologato all'estero, non può esser reso esecutorio in Francia, e ciò perchè si comprende l'esecutorietà data a una vera sentenza, ma non quella accordata a una semplice convenzione privata, che con una sentenza è resa obbligatoria anche per coloro che non vi abbiano consentito. Quindi è, che, secondo il sistema di questi autori, il concordato sarà obbligatorio pei creditori esteri, solo quando vi abbiano consentito, e in allora varrà per essi come qualsiasi altra convenzione.

Vi ha poi un secondo sistema professato dal Lainnè (2) secondo cui un concordato ottenuto all'estero da un francese può essere omologato dai Tribunali francesi, ed anche esser reso esecutorio dai medesimi, purchè riunisca le condizioni richieste dalla legge del luogo, ove si formò il concordato.

Viene infine il sistema del Rocco (3) che, preoccupato sempre dal concetto che il fallimento sia retto da uno statuto reale, mentre ammette che il concordato obbliga tutti i creditori sì nazionali

(1) Renouard, *Faillites et Banqueroutes*, n.° 471. — Massè, *Droit Commercial*, t. I, n.° 613 — Questi autori citano varie sentenze Belgiche e Francesi a conforto della loro opinione.

(2) *Faillites et Banqueroutes*, art. 516, Cod. Comm. franc.

(3) *Diritto civile internaz.*, ediz. cit., p. 371.

che esteri, crede poi che li obblighi solo ristrettivamente ai beni che trovinsi nello Stato. Acciocchè il concordato diventi obbligatorio, anche pei beni che trovinsi altrove, secondo il Rocco, deve prima essere reso esecutivo nello stato in cui i beni si trovano.

Di questi tre sistemi, il primo non può essere accolto, perchè rende impossibile l'universalità del giudizio di fallimento, e la formazione di un concordato realmente efficace. Questa dottrina, per essere improntata ad una idea di protezione dei creditori che sono nello Stato, finisce per esser loro pregiudizievole, perchè li pone nella necessità di provocare un nuovo giudizio di fallimento; mentre è interesse di tutti i popoli, di rendere possibile il concordato e di dargli forza obbligatoria, rendendolo universale nei suoi effetti rimpetto a tutti i beni e a tutti i creditori del fallito.

Quanto al sistema del Rocco, da cui nelle conseguenze pratiche non differisce quello del Lainnè, mal si può comprendere come mentre ammette che il concordato obblighi tutti i creditori, possa poi limitare questa forza obbligatoria ai beni che trovansi nello Stato.

Ammesso che anche i creditori esteri debbano subire il concordato, ne deriva una conseguenza immediata che consiste in questo, che le loro ragioni si trovano circoscritte alla parte fissata nel concordato, e che essi più non possono promuovere azione contro il fallito che per la parte loro assegnata.

Ora questa restrizione delle loro ragioni verrebbe ad essere illusoria, quando essi conservassero ancora la pienezza dei loro diritti sui beni che il fallito possegga fuori dello Stato, e se, prima che siasi ottenuta l'esecutorietà della sentenza di omologazione, potessero agire individualmente contro il fallito, ottenerne la condanna e provocare la vendita dei beni che trovinsi in altro Stato. Il concetto adunque deve essere rettificato in questo senso, che il concordato obbliga tutti i creditori e rimpetto a tutti i beni del fallito, ovunque siano situati, e che la sola sua esistenza è d'ostacolo

alle azioni individuali dei creditori, che abbiano seguita la fede personale del fallito.

Intanto è a vedersi, se per avventura il concordato, per valere rimpetto ai creditori esteri ed ai beni che si trovano fuori dello Stato, debba esser prima sottoposto ad un giudizio di delibazione.

La ragione di dubitarne proviene da ciò, che, sebbene chiamisi sentenza quel provvedimento con cui il tribunale omologa il concordato, in realtà però è piuttosto un atto di tutela esercitato nell'interesse dei creditori, che ha un duplice effetto, quello cioè, di elevare una convenzione privata all'altezza di un atto pubblico, e quello di rendere il concordato obbligatorio anche per coloro che non vi siano intervenuti.

Così stando le cose ed essendo il concordato una transazione di natura ed indole speciale, gli è certo, che se alcuno dei creditori esteri vi abbia consentito, potrà essergli opposto senza necessità di renderlo prima esecutorio. Ma il dubbio si fa grave rimpetto ai creditori esteri che non vi abbiano presa parte: poichè siccome è uno degli effetti dell'omologazione del concordato di renderlo obbligatorio anche per coloro che non vi abbiano consentito; così a prima giunta non sembra da ammettersi che un'omologazione estera possa produrre un simile effetto rimpetto ai creditori di un altro Stato. Se tuttavia si consideri, che anche i creditori esteri per l'eventualità del fallimento debbono subire la giurisdizione del fallito e che solo il tribunale del fallimento, come quello che, per mezzo del giudice delegato, ne sorvegliò le operazioni, è in caso di giudicare se debbasi accordare o negare l'omologazione, che innanzi a questo Tribunale il creditore estero ha facoltà di fare opposizione al concordato e di chiederne la risoluzione o l'annullamento, si potrà con ragione conchiudere che, una volta resa esecutoria la sentenza, che dichiara il fallimento, in quegli Stati, in cui trattasi di procedere a qualche atto di esecuzione, tutte le

sentenze posteriori che non fanno altro, che accertare le risultanze delle operazioni del fallimento, fra cui quella che omologa il concordato, più non debbano esser sottoposte ad un giudizio di delibazione.

La ragione è questa, che le questioni, che in un giudizio di fallimento possono intaccare l'ordine pubblico d'un altro Stato in cui il fallito possegga dei beni, si riducono essenzialmente a quella della competenza per l'apertura del giudizio di fallimento: ma, esclusa questa possibilità coll'aver resa esecutoria la sentenza dichiarativa del fallimento in quei paesi in cui il fallito possiede dei beni, il richiedere un giudizio di delibazione per ogni altra sentenza che più non interessa che i creditori, è un porre imbarazzi e complicazioni in una procedura che sopratutto abbisogna di celerità, di prontezza e di mutua confidenza fra gli Stati. Ciò del resto è conforme a quei principii che si vennero stabilendo nel capitolo precedente; poichè il concordato, ancorchè sia atto di indole speciale, è però una vera convenzione che può essere opposta dal concordatario in via d'eccezione, senza dare argomento a un vero e proprio giudizio di esecuzione.

Questa dottrina, se non concorda collo spirito di molte legislazioni positive, è però quella che meglio risponde all'utilità generale degli Stati, all'interesse degli stessi creditori, e alle speciali esigenze della presente materia: nè può trovar miglior conferma che nelle seguenti parole dell'Ansaldo, uno dei grandi maestri del diritto commerciale: *Concordia bona fide et ad utilitatem omnium geritur per creditores, nec respicitur utrum effectus debitoris sint in ditione vel extra; quia aes alienum universum patrimonium respicit, nec restringitur ad facultates certi loci, sed bona omnia, ubique existentia, favore omnium creditorum amplectitur* (1).

(1) Ansaldus de Ansaldis, *De commercio et mercatura*, Disc. 11. n. 20. Informasi a questi principii la giurisprudenza di due paesi eminentemente

Non occorre poi di aggiungere, che le opposizioni al concordato, e le azioni di risoluzione e di annullamento del medesimo debbono subire la legge del giudizio: trattasi d'una convenzione formatasi sotto il suo impero, nè, per opporvisi ed impugnarla, i creditori esteri possono invocare legge diversa da quella, che ne governò l'origine e la formazione.

§ 4.

Concorso dei creditori e ripartizione dell'attivo.

Se il concordato non sia consentito dai creditori o non ottenga l'omologazione del Tribunale, i creditori si trovano di diritto in istato d'unione; ultimo periodo delle operazioni del fallimento, in cui si finisce di liquidare il patrimonio del fallito, e si riparte fra i creditori l'attivo ricavato dalla sua vendita.

Il concorso dei creditori e le loro rispettive pretese non potrebbero esser meglio descritte che con queste energiche parole dello Stracca: « Il commerciante che mancò ai proprii impegni cade in » fallimento e se ne fugge: si presentano allora i deponenti e » chieggono il deposito, i venditori instano e domandano i panni o » il loro prezzo; i creditori con pegno od ipoteca intervengono an-

commerciali, l'Inghilterra e l'America. Ivi è dottrina comunemente accolta che l'attestato di discarico o d'accordo, ottenuto dal fallito nel paese ove ha contratto i suoi debiti, è valido ovunque, qualunque sia il credito ed il paese a cui appartiene il creditore (STORY, *Conflict. of. law.* § 335 e seg.— WEATHON, *Diritto internazionale.* Edizione di Napoli 1862 p. 77. Cap. II, § 6).

Secondo lo Story questa dottrina trova una solida base nella sovrana autorità delle leggi locali su tutti i contratti fatti sotto il loro impero, e nella cortesia indispensabile che le altre nazioni sogliono esercitare verso tali leggi, riguardino esse i contratti o la proprietà (§ 337).

» ch'essi e propongono il proprio diritto di prelazione, la moglie » e la nuora elevano anch'esse le stesse pretese, e intanto i credi- » tori con privilegio vogliono essere a tutti preferiti (1) ».

Se a questa lotta d'interessi cozzanti fra di loro si aggiunge la diversa origine dei crediti, le leggi molteplici a cui possono essere soggetti, la diversa nazionalità dei creditori e la diversa situazione dei beni, sarà facile il prevedere, come sia questo il periodo del fallimento, in cui l'universalità del giudizio presenta difficoltà maggiore per essere conciliata colla diversità delle leggi, di cui può occorrere l'applicazione.

Furono queste difficoltà, che indussero taluni a combattere l'universalità del giudizio di fallimento, ma nella condizione attuale simili malagevolezze non possono essere ragion sufficiente per respingere una misura, che è richiesta nell'interesse del commercio e che è l'unico mezzo per evitare la contrarietà nei giudicati, e per mantenere fra tutti i creditori, a qualunque paese appartengono, quell'uguaglianza che è conseguenza e scopo del giudizio di fallimento. E ciò tanto più, in quanto che, col dividere un fallimento unico in altrettanti giudizii, queste difficoltà, come l'espezienza ha dimostrato, non che essere diminuite si farebbero maggiori (2).

Intanto per procedere con qualche ordine nel gravissimo argomento, sarà bene cominciare dai creditori personali, la cui condizione è più facile a determinarsi, per venire poi ai creditori con privilegio, ipoteca e pegno, chiudendo il quadro delle operazioni del fallimento col diritto di rivendicazione, che a taluno può spettare sopra cose, che si trovino in possesso del fallito.

Finchè trattasi di creditori personali, non può esservi difficoltà:

(1) *De decoctoribus, pars ultima. Qui potiores ex creditoribus habeantur.*

(2) V. il precedente capitolo § 2.

verificati ed affermati con giuramento i loro crediti, i creditori esteri debbono subire la sorte stessa dei creditori nazionali: la parità di trattamento deve essere l'unica norma, e la legge da applicarsi non può essere che la legge del luogo, ove risiede il Tribunale (1). Solo ai creditori esteri, per la distanza maggiore a cui si trovano, vuolsi accordare un termine maggiore per proporre le proprie istanze, e quando siano portati in bilancio, deve esser riservata la quota proporzionata che loro appartiene, ed anche, quando si venga a ripartizione finale della quota loro riservata, sarebbe a desiderarsi, che, in certe eventualità, i creditori, fra cui si opera il riparto, dovessero dar cauzione per il caso, in cui il creditore estero ancora proponesse e giustificasse il proprio credito (2).

Ma la questione si fa grave, allorchè trattisi di creditori esteri con privilegio od ipoteca su beni stabili situati nello Stato o di creditori esteri od anche nazionali con privilegio od ipoteca su stabili situati all'estero.

In questo caso, quale sarà l'efficacia del privilegio od ipoteca del creditore estero sui beni situati nello Stato e viceversa l'efficacia del privilegio od ipoteca dei creditori nazionali od esteri sui beni esistenti all'estero? — Il *contratto stipulato all'estero*, la *legge ivi promulgata*, e la *sentenza ivi pronunziata* potrà produrre privilegio od ipoteca sui beni situati nello Stato o viceversa? Ammessa l'efficacia di tale privilegio od ipoteca, qual legge dovrà essere applicata per determinarne il grado: quella dello Stato, in cui è situato l'immobile, o quella dello Stato in cui seguono le operazioni del fallimento? — Per ultimo, l'esercizio dell'azione reale spettante al creditore con privilegio od ipoteca, dovrà esso lasciarsi, anche in

(1) In ciò convengono tutte le legislazioni dei popoli civili.

(2) V. questo capitolo § 2.

caso di fallimento, in tutta la sua libertà ed ampiezza, o restringersi per contro in certi confini secondo le opportunità del giudizio di fallimento?

Ecco tre importantissime questioni, di cui la prima s'attiene alle teoriche generali del diritto internazionale privato, mentre le altre sono affatto proprie al giudizio di fallimento.

Per ciò che riguarda l'*efficacia del privilegio spettante in virtù di legge straniera*, o *di ipoteca derivante da convenzione*, *legge* o *sentenza estera* fra la discordanza delle opinioni è tuttavia facile il ravvisare, come sia dottrina prevalente che l'ipoteca si attenga per tal modo all'organismo territoriale della proprietà, che, anche quanto ai modi di acquistarla, debba sempre subire la legge del luogo, in cui si trova l'immobile. È un'applicazione di questa dottrina la disposizione del Codice Napoleonico, secondo cui, per regola generale, le convenzioni stipulate all'estero non possono produrre ipoteca sopra immobili situati in Francia: come pure è per lo stesso principio che gli autori Francesi non riconoscono, per la maggior parte, efficacia ad ipoteca dipendente da legge o da sentenza estera (1).

Altre legislazioni più liberali già si scostano da questa dottrina, in quanto che riconoscono che l'atto stipulato all'estero, purchè reso autentico dai Consoli dello Stato (2), o reso esecutorio dai Tri-

(1) Cod. Nap. art. 2128. — Troplong, *Privol. et hypot.* N.° 511 e 512. — Merlin, *Repert.* V. Hypot. — Grenier, *Hypot.* N.° 12, 16.

(2) Così, ad esempio, il Regol. gen. Austr. al § 170, stabilisce che i contratti stipulati all'estero debbono valere e possono produrre ipoteca quando partano da persone autorizzate all'edizione degli atti pubblici nel paese in cui sono fatti, e quando siano resi autentici dal Console Austriaco di detto paese. — Si accostava a simile disposizione quella del Cod. Civ. Alb. la quale tuttavia richiedeva che l'atto stipulato all'estero o portante ipoteca dovesse esser ricevuto dai Regi

bunali dello Stato (1), come pure che la sentenza resa esecutoria in debita forma debba produrre ipoteca sugli stabili situati nello Stato (2).

Quanto all'ipoteca legale dipendente da legge estera, prevale la opinione che essa non sia valida sui beni posti nello Stato, specialmente nel caso in cui essa sia accordata a favore d' uno straniero: solo in certe legislazioni si indussero delle eccezioni, specialmente quanto all'ipoteca legale spettante alla moglie sui beni del marito od ai minori sui beni del proprio amministratore (3).

Di fronte a questa varietà di leggi e di opinioni, la vera dottrina da accogliersi si è, che l'ipoteca per sè non è che un'accessorio dell'obbligazione personale di cui guarentisce l'adempimento, e che quindi, purchè nel suo esercizio non offenda l'organismo

Consoli (Carabelli, *Diritto ipotecario vigente nel Lombardo-Veneto in relazione all'universale giurisprudenza*, Milano 1836. Vol. 1.° p. 464. — Chiesi, *Sistema ipotecario* N.° 728). — Di fronte al titolo preliminare del Codice Civile Ital. non è a dubitarsi che l'atto stipulato all'estero possa anche portare ipoteca sugli stabili situati nello stato.

(1) Cotale è appunto la disposizione del Codice delle due Sicilie (art. 2014) notabile per questo, che a tenore dei veri principii, pareggia l'atto stipulato all'estero alla sentenza ivi pronunziata e richiede ugualmente l'esecutorietà per l'uno e per l'altra.

(2) Tale è appunto la legislazione Austriaca secondo cui l'esecuzione delle sentenze pronunziate all'estero è regolata da risoluzione 11 marzo 1818. Ivi mentre si consente che una sentenza estera può produrre ipoteca, si aggiunge che l'ipoteca *generale* portata da una sentenza estera non può essere che *speciale* in Austria, ove non si riconoscano che ipoteche speciali. Secondo il Cod. Civ. Ital. la sentenza estera può portare ipoteca, ma deve perciò esser resa esecutoria (art. 1973); ciò che è pienamente conforme ai veri principii, perchè l'iscrizione ipotecaria può per se condurre a una vera e propria esecuzione.

(3) Così dispose la legge ipotecaria Belgica del 16 settembre 1851, che riconosce espressamente al minore ed alla moglie straniera l'ipoteca legale che loro spetti secondo la legge del proprio Stato.

della proprietà territoriale, deve, quanto ai modi dell'acquisto, subire la legge stessa che regola l'obbligazione principale, derivi tale ipoteca da convenzione, da disposizione di legge o da sentenza estera.

La concessione d'un'ipoteca allora soltanto può compromettere l'*organismo territoriale* della proprietà d'un'altro stato, quando in virtù di tale concessione si pretendesse iscrivere ipoteca sopra beni che secondo la *lex rei sitae* non sono suscettivi d'ipoteca, o si volesse iscriverla con formalità diverse da quelle prescritte dalla legge medesima, o si pretendesse un'ipoteca generale, mentre la legge locale non consente che ipoteche speciali, o infine si volesse attribuire al diritto d'ipoteca un'efficacia maggiore o diversa da quella, che gli è attribuita dalla legge territoriale.

La regola pertanto da adottarsi in questa materia, si è che nulla vieta che l'acquisto d'un diritto d'ipoteca sugli stabili esistenti nello Stato si faccia in virtù di legge, di contratto, o di sentenza estera: solo è richiesto, che nell'esercizio di questo diritto e dell'azione ipotecaria, non sia pregiudicato l'organismo territoriale delle proprietà dei singoli Stati.— Questa massima non è che una applicazione del grande principio, che la personalità giuridica dell'individuo deve esser rispettata dovunque, e che i diritti legittimamente acquistati debbono essere ovunque riconosciuti, purchè non contraddiscano ai principii d'ordine pubblico degli altri Stati (1).

Questa larghezza di principii non può per contro essere ammessa in materia di privilegii.

Questi consistono in un favore attribuito dalla legge a un credito per la sua stessa natura, e quindi la legge di nessuno Stato

(1) V. Capitolo 1.° *Principii razionali* — S'accostò a questa dottrina la Corte Suprema di Torino con sentenza 10 marzo 1867 (*Giurisp*. Vol. V. p. 395), e con sentenza 2 febbrajo 1862, in causa Chiodone-Rosatio.— PESCATORE, *Logica del Diritto* Vol. 1.° parte 2.° p. 224 e seg.

può pretendere che un simile diritto di preferenza possa estendersi a beni esistenti in altro Stato; ond'è che in questa parte la legge da applicarsi per vedere se competa o non un privilegio, è sempre la legge del luogo, in cui trovasi la cosa, sovra cui compete il privilegio.

Senza estendersi più a lungo, queste cose erano tuttavia a premettersi per poter deffinire le controversie che possono presentarsi in materia di fallimento. — Di fronte in fatti ai principii che si vennero svolgendo, vengono ad essere dimostrate nella nostra materia le proposizioni seguenti:

1.° Che nel concorso dei creditori per giudicare se da un creditore estero siasi acquistata un'ipoteca legale, convenzionale o giudiziale sopra stabili posti nel territorio dello Stato e *viceversa*, vuolsi aver riguardo alla legge che governa l'obbligazione principale, di cui l'ipoteca non costituisce che l'accessorio. — Ciò non toglie tuttavia che per decidere sulla *validità dell'iscrizione* di tale ipoteca, della sua *specialità* o *generalità*, del *modo di proporre l'azione ipotecaria*, degli *effetti*, che conseguono all'esercizio di tale azione, debbasi applicare la legge dello Stato in cui trovasi l'immobile. — La diversità della legge da applicarsi proviene da ciò che, mentre l'acquisto d'un'ipoteca non può per sè intaccare l'organismo territoriale dello stato, s'attengono invece all'organismo stesso e ai modi di procedimento la *pubblicità* e *l'iscrizione* delle ipoteche, *l'esercizio* dell'*azione ipotecaria* e gli *effetti* che ne conseguono:

2.° Che per contro i privilegi, sia quanto alle loro cause d'acquisto, che quanto ai modi in cui si fanno valere, sono regolati dalle legge del luogo, in cui si trova la cosa, sovra cui competono.

3.° Che per la graduazione dei creditori, a cui spetti un privilegio o un'ipoteca sopra un determinato immobile, deve sempre essere applicata la legge dello Stato in cui trovasi l'immobile. In-

darno quindi la moglie estera verrà a pretendere, che, sopra gli stabili del suo marito situati nel nostro territorio, le competa una ipoteca che, secondo la sua legge nazionale, non abbisogna di essere iscritta e prevale ad ogni altra; le si opporrà con effetto che, secondo il nostro regime ipotecario, anche la sua ipoteca dev'essere iscritta, e che al pari di qualsiasi altra piglia grado dalla data dell'iscrizione (1).

Fermi questi principii, rimane a vedersi se la dichiarazione di un giudizio di fallimento unico ed universale valga o non a derogare alle regole ordinarie circa *l'esercizio dell'azione reale competente a quest'ordine di creditori in virtù del privilegio od ipoteca.*

Importa perciò deffinire anzi tutto la vera indole e natura della duplice azione che appartiene al creditore con privilegio od ipoteca.

Questo creditore riunisce nella sua persona due diritti: l'uno *speciale* sugli immobili vincolati a suo favore, che ha radice nella legge o nella convenzione; l'altra *generale* su tutti i beni del fallito, che poggia sul principio che tutte le sostanze del debitore costituiscono la garanzia comune dei creditori. La fallita si compone perciò di due masse da non confondersi fra di loro, cioè della massa che potrebbesi dire *privilegiata*, devoluta ai creditori ipotecarii e privilegiati e della massa *chirografaria* che comprende tutti gli altri beni del fallito, ed a cui partecipano i creditori personali ed anche gli ipotecari e privilegiati pel credito intiero, o per parte del credito stesso, secondo che sul prezzo dell'immobile vincolato da privilegio od ipoteca, o nulla poterono ottenere o non furono pagati che in parte (2).

(1) Cod. Civ. Ital. art. 2007.

(2) Cassaz. Torino, 27 agosto 1867 (*Giurisprudenza*, anno IV, p. 573). — Appello Casale, 22 settembre 1898 — *Giurisprudenza*, anno VI, p. 157.

Di qui conseguita, che il creditore con ipoteca, per quei diritti che l'ipoteca può guarentirgli, è posto fuori della fallita, conserva la facoltà di spropriare e la pienezza della sua libertà di azione.— Che anzi, finchè un tal creditore si racchiude nel suo diritto ipotecario, non deve essere tenuto nè a far verificare nè a giurare il suo credito (1); solo quest'obbligo gli incombe, quando voglia entrare nella fallita e giovarsi del diritto generale che ha su tutti i beni del debitore, per venire a cercare sulla massa chirografaria quel tanto che non gli riuscì di conseguire sul prezzo dei beni ipotecati. È a causa di questo *diritto personale* che compete sulla fallita anche al creditore ipotecario, che all'aprirsi del giudizio di fallimento debbono anche esservi chiamati i creditori ipotecari, ed è, per valersi di questo diritto *personale*, che anche questi debbono far verificare ed affermare con giuramento il proprio credito (2).

Da questi brevi cenni appare, che i creditori con privilegio od ipoteca, in caso di fallimento del debitore, si trovano in condizione affatto speciale. Se essi sono sufficientemente guarentiti dall'immobile specialmente vincolato a favore del proprio credito, sarà per essi miglior partito di mantenersi affatto estranei alle operazioni del fallimento, e di esercitare unicamente la propria azione ipotecaria. Ciò che in tal caso sopravanzerà del prezzo dell'immobile sarà compreso nella massa chirografaria. — Che se per contro i creditori con privilegio ed ipoteca non siano abbastanza guarentiti dal diritto di prelazione che loro appartiene nel prezzo

(1) Arg. dall'art. 593, cod. com. ital.

(2) Cassaz. Torino, 13 maggio, *Giurispr.* VI, p. 523.

Non occorre di osservare che il creditore con privilegio ed ipoteca in quanto è al tempo stesso un creditore personale, subisce in quest'ultima qualità la sorte di tutti gli altri creditori, ed è ai pari di essi vincolato dal concordato perciò che s'attiene alla sostanza mobile del fallito.

dell'immobile, riservandosi in tal caso i proprii diritti reali, per il rimanente del proprio credito possono concorrere coi creditori personali del fallito.

Intanto questa peculiare condizione in cui trovasi quest'ordine di creditori li pone in tale stato che mal si può conoscere se essi vorranno o non partecipare alla fallita e se vorranno o non esercitare essi stessi la propria azione, o lasciare invece ai sindaci del fallimento di promuovere essi l'espropriazione e la vendita delle cose vincolate a loro favore. Di qui la necessità d'un espediente per conciliare le esigenze del giudizio di fallimento che esige la liquidazione di tutto il patrimonio del fallito e il rispetto al diritto speciale che spetta a quest'ordine di creditori di proporre la propria azione reale.

Si possono a tale effetto escogitare due sistemi.

Secondo un primo sistema l'apertura d'un giudizio di fallimento unico ed universale, a quel modo che concentra nei Sindaci o curatori della fallita, l'esercizio di tutti i diritti spettanti alla massa dei creditori personali, e richiama al Tribunale del fallimento la ripartizione dell'attivo fra i medesimi, così riserva eziandio ai Sindaci la facoltà di promuovere la spropriazione e la vendita dei beni, anche vincolati da privilegio od ipoteca, e richiama la ripartizione del prezzo che potrà esserne ricavato al Tribunale del fallimento.

In questo sistema il creditore con privilegio od ipoteca dovrebbe proporre, al pari di qualsiasi altro creditore personale, la propria istanza al Tribunale del fallimento, il quale alla sua volta, per mezzo del Giudice delegato o dei Sindaci, richiederebbe il Magistrato della situazione dei beni del proprio concorso, e questi, venduti i beni secondo il rito locale, ne verserebbe il prezzo al Tribunale della fallita, a cui s'appartiene per ultimo di venire alla graduazione ed al riparto fra tutti i creditori.

Questo modo di procedere, che secondo l'attestazione del Savigny, ricevette applicazione nei trattati stipulati dalla Prussia coi paesi vicini anteriormente al 1819 (1), se ha il vantaggio di concentrare in una potente unità così la spropriazione e la vendita del patrimonio del fallito che la ripartizione dell'attivo fra ogni ordine di creditori, ha però l'inconveniente gravissimo di privare i creditori con privilegio ed ipoteca della propria libertà di azione e di scelta. Esso non può quindi giustificarsi, poichè intanto il creditore privilegiato si procurò un diritto di prelazione, in quanto intendeva con ciò di preservarsi dal correre la sorte comune degli altri creditori, e quindi, anche sopravvenendo il fallimento, e sopratutto in questo caso, deve aver facoltà di mantenersi estraneo alla fallita, e di proporre la propria azione al luogo della situazione dell'immobile.

Secondo un'altro sistema si divide la carriera del fallimento in due periodi.

Finchè durano le operazioni preliminari del fallimento che cominciano colla sentenza che apre il concorso e finiscono col tentativo inutile di concordato, è fatta facoltà ai creditori con privilegio od ipoteca di proporre la propria azione reale innanzi al Tribunale della situazione dell'immobile vincolato e di promuoverne nel proprio interesse la spropriazione e la vendita cercando di essere soddisfatti colla medesima e di mantenersi estranei al giudizio di fallimento. — Pervenuto poi collo stato d'unione il periodo deffinitivo del fallimento, anche i creditori con privilegio od ipoteca perdono la propria libertà di azione e s'appartiene ai soli Sindaci di promuovere la vendita anche dei beni vincolati a privilegio od ipoteca.

Cotale è appunto il sistema seguito dal Codice di Commercio

(1) Savigny. op. e loc cit. p. 288.

italiano e del Francese (1), e in parte nei trattati della Prussia posteriori al 1819, quantunque in questi, a dir vero, seguasi in certo modo un sistema che può dirsi di *prevenzione*, in quanto che si lascia al più diligente fra i Curatori del fallimento e il creditore privilegiato di promuovere pel primo la spropriazione e la vendita di cui si tratta (2).

In questo sistema presumesi che i creditori con privilegio od ipoteca, non avendo promossa la propria azione nel periodo preparatorio del fallimento, abbiano con ciò voluto rimettersi all'azione stessa dei Sindaci nell'interesse della massa, riservandosi di far valere innanzi al Tribunale del fallimento il proprio diritto di prelazione. — Una simile presunzione è assoluta, e fino ad un certo punto era necessità che fosse tale, acciocchè i creditori con privilegio od ipoteca fossero, per così dire, posti in mora per l'esercizio dell'azione reale che loro spetta. Tuttavia, trattandosi di creditori esteri con privilegio od ipoteca, sarebbe a desiderarsi, che si ordinasse verso di essi un diffidamento speciale, che li ponesse in mora prima di farli incorrere in tale decadenza dall'esercizio d'un proprio diritto.

Questo sistema ad ogni modo non viola quella libertà d' azione e di scelta che spetta a quest'ordine di creditori: solo la circoscrivo in certi limiti per l'esigenze proprie del giudizio di fallimento, e può quindi con fondamento essere preso a criterio per risolvere le molteplici complicazioni che possono presentarsi nel caso specialmente in cui la cosa vincolata a privilegio od ipoteca trovisi in Stato diverso.

Possono allora presentarsi varii casi:

O la vendita dei beni situati all'estero è fatta ad istanza del cre-

(1) Codice Commerciale Italiano articoli 684, 685. — Codice Commerciale Francese articoli 571 e 572.

(2) Savigny. Op. e loc. cit.

ditore privilegiato od ipotecario che proponga la propria azione dinanzi al tribunale del luogo, ove si trova lo stabile, ed in allora sarà il tribunale locale che farà procedere all'espropriazione ed alla vendita, e che distribuirà il prezzo ricavato fra i creditori privilegiati ed ipotecarii in conformità della propria legge, versando il rimanente del prezzo nelle mani dei Sindaci, quali amministratori della fallita, perchè sia aggiunto alla massa: —

O può darsi invece, che i Sindaci, essendosi già verificato lo stato d'unione, debbano addivenire alla vendita dei beni immobili nell'interesse della massa, prima che i creditori con ipoteca abbiano proposto la propria azione, ed in tal caso essi, dopo aver resa esecutoria, nello Stato in cui si trovano i beni, la sentenza che dichiara il fallimento, debbono richiedere il concorso dell'autorità locale, che procederà all'espropriazione ed alla vendita nei modi e colle forme ammesse nel suo territorio. Sul prezzo ricavato da tal vendita e versato alla massa potranno concorrere tutti i creditori, che avessero privilegio od ipoteca su quei determinati immobili, ma il diritto di priorità sul prezzo dovrà essere regolato secondo la legge della situazione degli immobili, ancorchè sia diversa la legge del luogo in cui il fallimento fu dichiarato: ciò perchè i privilegi e le ipoteche, come sopra si è stabilito, quanto alla loro pubblicità, alla loro specialità, ai loro effetti ed alla graduazione dei creditori s'attengono strettamente all'organismo territoriale della proprietà fondiaria nei singoli Stati, e subiscono la legge della loro situazione.

Tanto poi nel caso, in cui sia il creditore, quanto quello, in cui siano i Sindaci che provocarono la vendita dell'immobile situato all'estero e vincolato da ipoteca, può darsi, che i creditori, a cui questa appartiene, non potendo essere pienamente soddisfatti sul prezzo dell'immobile, vogliano pur concorrere quali creditori personali sulla massa mobiliare.

In tal caso essi dovranno anzitutto far verificare ed ammettere i proprii crediti al passivo del fallimento. Dopo tale verifica ed ammissione vi hanno certe legislazioni, tra cui l'italiana e la francese, che danno facoltà al tribunale di ordinare la vendita e la ripartizione della massa mobiliare prima della vendita e del riparto della massa immobiliare, e di ammettere i creditori ipotecarii già verificati al riparto mobiliare anche per il credito intiero, a condizione però di surrogare, sul prezzo degli immobili su cui hanno privilegio ed ipoteca, la massa chirografaria per la totalità o per parte delle somme da essi conseguite sulla ripartizione mobiliare, secondo la diversità dei casi (1). Potranno concorrere in tale riparto anche i creditori che abbiano un diritto d'ipoteca su beni situati all'estero?

La cosa non può presentare alcun dubbio, ma il tribunale del fallimento deve in tal caso decretare le misure opportune, affinchè le distrazioni, che debbono in compenso essere accordate sul prezzo degli immobili alla massa chirografaria, possano verificarsi (2).

(1) Cod. Comm. ital., art. 667. — Cod. Comm. franc., art. 553.

(2) Questa fattispecie ebbe ad essere decisa dalla Corte di Parigi con sentenza del 31 luglio 1831 (Sirey, 1831, 2 pag. 260). — La Ditta fratelli Bell falliva in Francia nel 1819. Fra i creditori riconosciuti ed ammessi eravi la casa Pellegrino-Bonsignore di Milano per la somma di 250,000, delle quali 100,000, le erano guarentite sopra beni stabili situati in Italia. — Durante le operazioni del fallimento, il riparto mobiliare precedette la vendita e il riparto del prezzo degli immobili, e la casa creditrice chiese di essere collocata sul riparto mobiliare per lo intiero credito di lire 250,000. I sindaci vi si opposero, chiedendo che dal credito intiero fossero dedotte le lire 100,000, per cui eravi ipoteca su beni situati all'estero. Il tribunale fece ragione ai Sindaci; ma la Corte di Parigi colla sentenza citata ammise la casa italiana alla ripartizione mobiliare per l'intiero suo credito; solo diede facoltà al Tribunale di pigliar misure di sicurezza per le distrazioni che in compenso potevano essere dovute alla massa chirografaria sul prezzo

Sarà ora più facile il determinare la condizione di quei creditori che abbiano un *privilegio, un pegno*, o *qualsiasi altro diritto di prelazione sui beni mobili di spettanza del fallito*. È incontrastabile a questo riguardo, che tutta la sostanza mobile del fallito deve essere compresa nella massa del fallimento, senza considerazione del luogo in cui si trova. L'universalità del giudizio di fallimento, così fortemente combattuta in materia di stabili, fu più facilmente accolta, trattandosi di beni mobili, e già da gran tempo la giurisprudenza inglese applica il principio, che il fallimento aperto in uno Stato comprende tutta la fortuna mobiliare del fallito, ovunque si trovi (1). Ciò derivò dal movimento incessante in cui si trovano le cose mobili, che, rendendo talora impossibile di determinarne la situazione, fece indurre la finzione secondo cui i mobili si presumono seguir sempre la persona del proprietario. Questo principio, che per lungo tempo fu tenuto per un'assioma, fu combattuto dal Savigny e dal Marcadé (2), i quali anche ai beni mobili vorrebbero applicata la legge della loro situazione. Il codice italiano, non fosse altro che per escludere dei gravissimi dubbii, s'attenne ancora all'antica finzione, sottomettendo i beni mobili alla legge nazionale del proprietario, quando non dispongano altrimenti le leggi del paese in cui si trovano.

degli immobili; e fra tali misure accennò quella di ritenere nella Cassa dei depositi le somme dovute sul riparto mobiliare ai creditori che abbiano ipoteca all'estero fissando loro un termine per proporre e far valere la loro azione ipotecaria.

(1) Per maggiori particolari V. Capitolo 3.° § 3. *Convenzioni internazionali e universale giurisprudenza.*

(2) Savigny. Op. e tom. cit., § 366, e seg., p. 167 e seg. — Marcadé, *Explication théorique et pratique du code Nap.* art. 3.° N. 78, a cui si possono aggiungere il Mulhenbruk, *Doctrina pandectarum* § 72, p. 79; — il Mazzoni Pacifici *Istituz. di dirit. civ. it.* V. 1.°; il Gabba, *Annali di giurisprudenza*, anno I, p. 3.ª p. 3 e seg. che pur professano la stessa dottrina.

Ad ogni modo però, tutti gli autori convengono in dire, che, trattandosi d'una finzione legale, la medesima più non deve ritenersi applicabile, quando i mobili cessino d'avere una relazione intima colla persona del proprietario. Così accade, per esempio, allorchè sia questione di rivendicare la proprietà d'una cosa mobile, o sia controverso il possesso o l'usacapione della medesima, come pure quando i mobili siano considerati non tanto nelle relazioni col proprietario, quanto in se stessi e relativamente ai diritti che i terzi possano acquistare e mantenere sui medesimi, come se trattisi del pegno o del sequestro d'una cosa mobile e dei loro effetti. In questi varii casi le cose mobili subiscono la legge della loro situazione per la ragione che la finzione indotta non ha altro scopo, che quello di supplire alla mutabilità delle cose mobili, sostituendovi una situazione fittizia, che cessa di essere applicabile, ogniqualvolta una circostanza particolare e decisiva fissi la cosa mobile ad un luogo determinato, e ne accerti l'effettiva situazione.

Applicando questi principii al fallimento ne conseguita, che il medesimo deve comprendere i beni mobili di spettanza del fallito, ovunque si trovino, e che il riparto della sua sostanza mobiliare deve di regola subire la legge del luogo. ove risiede il tribunale innanzi a cui si agita il giudizio di fallimento. Questa regola subisce tuttavia delle eccezioni, quanto ai creditori che abbiano acquistato sopra beni mobili del fallito un diritto di pegno, od altro diritto qualsiasi di prelazione.

Rimpetto a quest'ordine di creditori si presentano tutte le questioni, che già si discussero circa le ipoteche e i privilegi sugli immobili. E quindi a vedersi:

1.° Se un privilegio, un diritto di pegno o altro diritto qualsiasi di prelazione possa validamente acquistarsi da un creditore estero sopra beni mobili situati nello Stato; e *viceversa*.

2.° Se per determinare la priorità di tali creditori, debba applicarsi la legge del luogo, ove trovansi i mobili, o quella del luogo del giudizio:

3.° Se per ultimo le esigenze del giudizio di fallimento non deroghino in qualche modo al libero esercizio dell'azione reale spettante a questi creditori.

A questi molteplici quesiti, per il facile trasporto di uno in altro Stato, di cui sono suscettive le cose mobili, vuolsi aggiungere la questione, se il diritto di prelazione, acquistato sulle cose mobili che si trovano all'estero, continui a sussistere, allorchè le cose mobili siano trasportate nello Stato, o *viceversa*.

Anche in materia di diritti di prelazione sui mobili, vuolsi distinguere fra i privilegi attribuiti dalla legge a un credito per sua propria natura, ed il diritto di prelazione, che s'acquisti, mediante una convenzione o contratto di pegno, quale accessorio di un'obbligazione principale.

Quanto ai privilegi sui mobili, essi, al pari di quelli sugli immobili, non possono competere, che in virtù della *lex rei sitae;* niuna legge può estendere tali privilegi oltre il territorio sottoposto al suo impero, e quindi un creditore estero non potrà mai invocare la propria legge per pretendere un privilegio sopra mobili che trovinsi nello Stato.

Per contro il diritto di pegno potrà benissimo essere costituito anche con atto stipulato all'estero; ma perchè il creditore possa farlo valere nel luogo, ove si trova la cosa, deve aver adempiute tutte le condizioni richieste dalla legge della situazione perchè tale diritto sia efficace per una ragione, che si attenga all'ordinamento economico della proprietà mobiliare nello Stato. Sarà quindi secondo la legge della situazione che dovrà decidersi, se la cosa vincolata a pegno sia o non oppignorabile, se per la validità del pegno sia o non necessario la consegna e la ritenzione della

cosa oppignorata, e si dovrà determinare quali siano i diritti e le azioni competenti al creditore con pegno; come pure sarà, secondo la legge medesima, che dovrà essere graduata la poziorità dei creditori sul prezzo della cosa oppignorata.

La ragione consiste in ciò, che anche l'ordinamento della sostanza mobiliare, la cui importanza viene facendosi sempre maggiore, s'attiene strettamente agli interessi economici dei singoli Stati, per cui l'interesse dei terzi e la buona fede nei contratti potrebbero di leggieri essere compromessi, quando, in base ad una legge estera, si potesse pretendere un diritto di poziorità sopra il prezzo d'una cosa mobile, senza l'adempimento delle condizioni a tal uopo richieste dalla legge locale per ragioni attinenti all'ordinamento economico della proprietà mobiliare nello Stato.

L'importanza di questi principii si fa specialmente palese trattandosi di sequestro.

Il sequestro secondo alcune legislazioni, fra cui l'Inglese e l'Americana, attribuisce un diritto di prelazione al creditore sequestrante: secondo altre invece, fra cui l'Italiana, non attribuisce un simile diritto. — Questa divergenza già si rinveniva fra gli Statuti Municipali delle varie città Italiane, e quindi già trovasi dagli antichi maestri del diritto commerciale largamente discussa la questione, se gli effetti del sequestro debbano essere determinati dalla legge del luogo, in cui si operò il sequestro, oppure dalla legge del luogo, ove siasi aperto il concorso.

Il Casaregis riporta appunto d'una lite insorta fra i Sindaci d'un fallimento dichiaratosi a Lucca e un certo Gerbone che aveva sequestrata in Verona una parte di mercanzia del fallito (1).

Trattavasi di vedere, se agli effetti di tale sequestro si dovesse applicare lo Statuto Lucchese che attribuiva un diritto di prela-

(1) Casaregis, *De Commercio*, Discursus 130, n. 27.

zione al creditore sequestrante, o lo Statuto di Venezia vigente in Lucca, che, per il caso di fallimento, poneva tutti i creditori in condizione eguale.

Il Casaregis crede, che fosse da applicarsi lo Statuto Lucchese, e ciò perchè il giudizio di fallimento, ancorchè universale, non pregiudica i diritti già prima acquistati: alla qual ragione si può aggiungere, che i diritti di prelazione sui mobili stati sequestrati da un creditore, debbono esser regolati dalla legge del luogo in cui i mobili si trovano.

Questa dottrina, che è divisa dal Merlin, dal Rocco e dal Savigny (1) vuol essere accolta; ma al tempo stesso deve aggiungersi, che il sequestro in quistione dovrebbe ritenersi privo di qualsiasi effetto, se sia seguito dopo la dichiarazione di fallimento, o in quel numero di giorni anteriore alla dichiarazione stessa, durante il quale, secondo la legge del luogo in cui si dichiarò il fallimento, più non può accordarsi validamente alcuna ragione di preferenza ad alcuno fra i creditori così nazionali che forestieri.

Questa conseguenza fu espressamente accolta dalla Giurisprudenza Inglese, che, quantunque ligia all'antiche massime degli Statuti, sà tuttavia scostarsene quando lo esigano gli interessi imperiosi del commercio. Attesta lo Story, che la Corte delle Bancherotte (*Court of Bankruptey*), la Corte di sessione in Iscozia, e la stessa Camera dei Lordi ebbero più volte a decidere che questa trasmissione forzata, che si opera in virtù di legge in caso di fallimento comprende tutta la proprietà mobile del fallito, ancorchè si trovi all'estero, cosicchè il titolo dei Sindaci investiti di tale proprietà ovunque situata vince quello d'un creditore che l'abbia sequestrata all'estero dopo la dichiarazione di fallimento,

(1) Merlin, *Repert.* V.° Loi § 6, n. 6. — Rocco, Op. cit. cap. XXXIII in fine. — Savigny, Op. cit. tomo VIII § 374, p. 281.

ancorchè, al tempo del sequestro, il creditore ignorasse lo stato di fallimento: Lord Talbot, Lord Hardwike, e sopratutto Lord Thurlow confortarono questa dottrina colla grande autorità del loro nome. Oggidì pertanto può dirsi essere giurisprudenza costante in Inghilterra, che un sequestro operato da un creditore in estera contrada, posteriormente alla trasmissione forzata che si opera colla dichiarazione di fallimento, è inefficace di fronte al diritto dei Sindaci già prima investiti della sostanza mobile del fallito secondo l'adagio *prior in tempore, potior in jure*, sia un tale sequestro operato da un creditore Inglese, quando il fallimento sia dichiarato in altro paese, o da un creditore straniero, quando il fallimento siasi aperto in Inghilterra (1).

Questa dottrina fu poi espressamente accolta nel trattato del 1845, già citato fra la Prussia e l'Austria relativo ai concorsi aperti rispettivamente nei due paesi, nel quale si è espressamente convenuto, che la consegna dei beni mobili al giudizio estero di concorso debba farsi, ancorchè su tutti o su parte di essi siasi già posto un sequestro: mentre poi si soggiunge che rimangono in vigore i diritti di ritenzione e di pegno acquistati su detti mobili prima dell'apertura del concorso, ciò che implica appunto l'inefficacia dei diritti di prelazione che siansi acquistati posteriormente all'apertura del concorso (2).

Vennero in opposte conclusioni la giurisprudenza Americana, come già si ebbe a dire (3), non che la giurisprudenza Belgica e Francese, ma partono tuttavia da diversi principii.

La giurisprudenza Americana ammette nei Sindaci titolo e qua-

(1) Story, *Conflict of law*. § 403 a 420 *passim*.

(2) V. il tenore di questa Convenzione nel Gennari, *Proc. giudiz. civ.* Vol. 3. § 140, p. 114, in nota.

(3) V. Capitolo 3.° § 3.° *Convenzioni e Giurisprudenza*. — Story, Op. cit. § 410 e seg. — Weathon, Op. cit. ediz. cit. p. 77.

lità per reclamare, nell'interesse della massa, la sostanza mobile del fallito, anche esistente in estero Stato, ma ciò come amministratori delle sostanze del fallito, non come investiti della proprietà stessa; onde conseguita, che, se i Sindaci siano prevenuti dalla sollecitudine di qualche creditore estero, che ottenga in debita forma un sequestro sui beni mobili situati all'estero, il costui diritto deve prevalere a quello dei Sindaci, che non siansi ancora fatta aggiudicare la proprietà del fallito. Per contro la giurisprudenza Belgica e Francese sembrano venire a questa conseguenza piuttosto perchè negano efficacia alla sentenza estera dichiarativa del fallimento (1).

Di fronte alla legislazione Italiana che non attribuisce diritto di prelazione al creditore sequestrante o meglio pignorante, la questione ha perduto della sua importanza, ma dalla dottrina sopra adottata conseguirà ancor sempre ciò che già si convenne fra la Prussia e l'Austria, che cioè il pignoramento d'un creditore nazionale non potrà impedire la consegna della sostanza mobile del fallito esistente nello Stato al giudizio estero di fallimento.

Del resto la dottrina fin qui sostenuta discende direttamente dai principii che si vennero svolgendo (2) ed è un'ineluttabile conseguenza dell'universalità del giudizio di fallimento, che induce una condizione speciale di cose, che si impone al fallito e ai suoi creditori, ovunque si trovino. Se vi fossero altrettanti fallimenti quanti sono gli Stati, ciascuno di questi sarebbe certamente condotto a preferire i creditori nazionali, che abbiano sequestrata la

(1) V. Sentenza della Corte d'Appello di Liege del 17 giugno 1839. (Kneppen contro Sindaci Schlaeder) riportata dal MASSÈ, *Droit Commercial* I. n. 546 e seg. — DEMANGEAT sur FOELIX n.° 368. — PARDESSUS, *Droit Commercial* n.° 1488 bis.

(2) V. Capitolo 3.° § 2.° — *Attuazione pratica d'un giudizio di fallimento unico ed universale.*

merce: ma, posto un giudizio unico ed universale, gli effetti della sentenza, che vi dà cominciamento, debbono essere identici ed universali in qualsiasi Stato; nè perciò si richiede che sia resa prima esecutoria la sentenza che dichiara il fallimento; perchè tale esecutorietà è richiesta nel solo interesse pubblico, mentre nelle relazioni private fra creditori e fallito la sentenza esiste ed è obbligatoria per tutti appena è pronunziata dal Tribunale competente.

In ordine poi alla questione, se i diritti di pegno e di privilegio acquistati sopra una cosa mobile, mentre si trovava all'estero, sussistano ancora, allorchè le cose mobili siano riportate nello Stato, il Casaregis crede, che tali diritti continuino a mantenersi qualunque sia la legge del luogo in cui furono trasportate: — *per ipsam translationem de loco ad alium, non amittitur hypotheca vel potioritas, quae iam contracta fuit in priori loco vigore alicujus consuetudinis vel legis particularis, licet in loco, ad quem res transvectae sint, nulla hypotheca vel potioritas, pro illis creditori competeret, vel ab initio competiisset* (1).

Il Massè combatte quest'opinione e crede che, appena le cose mobili si trovino nello Stato, venga meno qualsiasi diritto di preferenza, che altri abbia acquistato all'estero sui beni medesimi. È in forza d'uno statuto reale, dice egli, che si consente di acquistare un diritto di preferenza sui beni mobili che si trovavano all'estero ed è ugualmente per uno statuto reale, che questi diritti di preferenza vengono meno, appena le cose mobili siansi trasportate nello Stato.

Questa dottrina non può essere ammessa, come troppo favorevole alle frodi, che si volessero compiere a danno dei creditori:

(1) Op. e Disc. cit.

solo si debbe richiedere, che i creditori, per esercitare nello Stato il proprio diritto di pegno o di prelazione, riuniscano quelle condizioni che sono richieste dalla legge dello Stato, in cui trovansi attualmente, per una ragione che si attenga al regime, che ivi siasi adottato circa la proprietà ed il possesso delle cose mobili.

Sarà facile dare un esempio, che esplichi la cosa. Pongasi che in un paese, ove trovasi in vigore il diritto romano, secondo cui per la validità del pegno non richiedesi la consegna e la ritenzione della cosa (1), siasi acquistato un diritto di pegno sopra una cosa, che siasi poi trasportata nel nostro Stato, ove è richiesta tale consegna e ritenzione (2).

Potrà in tal caso il pegno altrove acquistato ritenere efficacia presso di noi? Non temo di rispondere affermativamente, ma alla condizione che trattisi di cosa pignorabile secondo le nostre leggi, e che il creditore, prima del trasporto, siasi procurata la detenzione della cosa oppignoratagli.

La ragione sta in ciò, che la detenzione materiale, richiesta dalla nostra legge per attribuire il diritto di pegno con prelazione s'attiene all'ordinamento economico della proprietà mobiliare nel nostro Stato, ed è dettata in un interesse generale del commercio presso di noi, cosicchè, in questa parte, la legge da applicarsi dovrà sempre essere la nostra.

Senza di ciò, i creditori nazionali, che non conoscono altro pegno portante prelazione fuori di quello che importa la ritenzione

(1) L. 9, Cod. *Quae res pig. oblig.* VIII. 17. — Savigny, tom. VIII, pag. 189 lett. B.

(2) Cod. civ. ital. art. 1878, 1879, 1880. Ivi perchè il pegno attribuisca diritto di prelazione si richiedono due condizioni: 1.° la consegna della cosa che deve essere rimasta in potere del creditore, o di un terzo scelto dalle parti; 2.° e che quando trattisi di pegno il cui valore ecceda le lire 500 sia costituito per atto pubblico o scrittura privata avente data certa.

materiale della cosa oppignorabile, potrebbero essere facilmente tratti in inganno, quando trovassero stabilito a favore d'un creditore estero, un diritto di prelazione acquistato senza l'adempimento di questa condizione.

Il dubbio si fa ancor più grave, trattandosi di sequestro operatosi in paese, ove il medesimo attribuisce diritto di prelazione. In questo caso, un tale diritto sussisterà esso ancora, quando le cose sequestrate siano trasportate nel nostro Stato, ove non si riconosce diritto di prelazione al creditore sequestrante?

A rigor di principio converrebbe accoglier l'opinione negativa perchè un tal privilegio, creazione della legge positiva, non può estendersi oltre il territorio, ma quando si consideri che un simile trasporto non può quasi essere che furtivo e fatto in onta d'un'estero provvedimento, equità vuole, che in questi casi i Magistrati non riconoscano la frode, e rimettano le cose sotto l'impero della legge, in base a cui si operò il sequestro, salvi però i diritti che i terzi possano aver acquistati in buona fede sulle cose di cui si tratta.

Rannodasi alla presente materia l'esame del così detto *ius retentionis* che possa spettare a uno straniero sopra una cosa mobile, che siasi poi trasportata in altro Stato. Anche in tale diritto può ravvisarsi una specie di privilegio inerente alla natura di certi crediti e quindi anch'esso non può essere riconosciuto, che quando concorrono le condizioni richieste dalla *lex rei sitae*, che s'attengano all'ordinamento economico della proprietà mobiliare in quello Stato.

Lo stesso per contro non è a dirsi circa la legge da cui deve essere regolato il *diritto* di *rivendicazione* spettante ai proprietari delle merci, di cui il fallito non abbia che il materiale possesso.

Per verità questo diritto trova il proprio fondamento nella qua-

lità di proprietario che ancora appartiene al rivendicante, ond'è che per vedere, se debbasi o non far luogo a rivendicazione a favore del deponente, del mandante, del comodante, del socio in partecipazione, del debitore oppignorato a favore del fallito, della moglie di questi o di qualsiasi altro (1) vuolsi esaminare se siasi o non operata traslazione di dominio nel fallito della cosa che trovasi in suo possesso. Ora un simile esame non può essere fatto, che in base della legge che è chiamata a regolare il deposito, il mandato, la società in partecipazione, il contratto di matrimonio o quell'altro contratto del quale si tratti.

Questa sarà la regola, ma intanto dovrà essere rimesso al criterio del Magistrato, innanzi a cui venga ad essere proposta l'istanza di rivendicazione, per trovarsi ivi i beni da rivendicarsi, discernere quelle disposizioni che, anche in questa parte, s'attengono agli interessi economici dei singoli Stati, trattandosi delle quali deve essere applicata la legge territoriale.

Oltre questa rivendicazione fondata sul diritto di proprietà, ve ne ha un'altra specie, che quantunque addimandisi eziandio *rivendicazione*, fondasi invece in una specie di risoluzione di vendita, a cui, dalla maggior parte delle legislazioni civili, si fa luogo, finchè la cosa venduta non pervenne nel materiale possesso del fallito, se però i suoi creditori non preferiscano di offrirne il prezzo al venditore (2).

La diversità di fondamento, sopra cui si appoggia questa ripresa delle merci vendute, conduce pure a una diversa risoluzione circa

(1) Cod. Comm. art. 687 e seg. Sebbene in esso non si accordi in modo esplicito la rivendicazione che al deponente ed al mandante, la Giurisprudenza tuttavia concorde nell'attribuire per identità di ragione un simile diritto, a tutti coloro a cui appartenga il dominio delle cose che trovansi in possesso del fallito.— Paroni, *Diritto Commerciale* Vol. 1.° pag. 262.

(2) Cod. di Comm. Ital. art. 689.

la legge che deve esservi applicata. — Non sarà questa la legge, sotto cui si operò la vendita, non trattandosi in questo caso di vedere se con essa siasi o non operata traslazione di dominio, ma bensì la legge del luogo, ove si dichiarò il fallimento.

La ragione di questa diversa risposta consiste in ciò che questa risoluzione di vendita, piuttosto che dipendere da condizioni intrinseche alla vendita stessa, che la farebbero risolvere in qualsiasi altro caso, deriva piuttosto da una circostanza estranea alla vendita stessa, che consiste nella sopravvenienza del fallimento del compratore: ond'è, che per considerazioni identiche a quelle, che già si esposero trattando degli atti nulli od annullabili compiutisi dal fallito (1), deve, al pari di questi, essere governata dalla legge stessa del fallimento. — Sarà pertanto, secondo questa legge, che dovranno essere determinate le condizioni richieste, perchè si faccia luogo a questa ripresa delle merci vendute. Così, ad esempio, trattandosi del fallimento aperto nel nostro Stato, questa rivendicazione non potrà essere proposta che, mediante il rimborso delle spese fatte intorno alla cosa, e più non potrà esserlo, se le merci prima del loro arrivo siano state vendute senza frode sopra fatture, polizze e lettere di vettura firmate da colui che ne abbia fatta la spedizione (2): ancorchè in quest'ultimo caso, secondo la legge, sotto il cui impero si operò la vendita, questi fatti sopravvenuti non bastassero ad impedire la rivendicazione, questa non dovrà tuttavia essere accordata dai Tribunali dello Stato, anche perchè trattasi di disposizione dettata nell'intento di proteggere presso di noi il credito e la buona fede dei contratti.

Trattasi ora finalmente di vedere se, posto un giudizio di falli-

(1) V. il presente capitolo § 1.°
(2) Cod. Comm. Ital. art. cit.

mento unico ed universale, l'esercizio dell'azione reale spettante a questi diversi ordini di creditori o di rivendicanti non debba subire alcuna deroga nell'interesse generale dei creditori.

Per ciò che spetta all'azione di rivendicazione non può esservi dubbio; coloro, a cui essa appartiene, non che aver interesse comune coi creditori, hanno per contro interesse opposto ai medesimi, e quindi saranno sempre essi, che dovranno proporre l'azione in rivendicazione; solo muterà la persona contro cui debbano proporla, non potendo essere convenuto il fallito, ma solo i Sindaci del fallimento.

Lo stesso è a dirsi dei creditori a cui spetta un diritto di ritenzione su cose proprie del fallito, in quanto che il medesimo si esercita non già in via d'azione, ma in via di eccezione, e quindi convenuti dai Sindaci per la consegna alla massa delle cose che essi ritengono, potranno opporvisi, finchè non abbiano ottenuto il pagamento della somma per cui loro compete il *ius retentionis*.

Così non è per contro dei creditori con pegno o con privilegio sopra beni mobili del fallito; i medesimi, al pari dei creditori con ipoteca o privilegio sugli immobili, riuniscano un duplice diritto, uno *reale* sulla cosa vincolata, l'altro *personale* contro il restante patrimonio del fallito. Essendo identica la condizione, eravi la stessa necessità di costituirli in certo modo in mora per l'esercizio del diritto reale che loro compete.

L'espediente può tuttavia essere più semplice, che non nel caso di creditori con ipoteca o privilegio sugli immobili, e consiste nella facoltà attribuita ai Sindaci di ritirare il pegno a profitto della massa, soddisfacendo il creditore a cui appartiene (1).

(1) Cod. Comm. ital. art. 662. — La convenzione più volte citata fra l'Austria

Non vi ha dubbio, che un simile provvedimento, come quello, che anzichè pregiudicare è invece profittevole al creditore, può eziandio essere invocato contro un creditore nazionale od estero con pegno sopra mobili situati all'estero, e ciò anche quando da questo creditore, secondo la legge estera, si fosse validamente stipulato il *patto commissorio*, poichè i Sindaci, anche in questo caso, sottentrando in tutti i diritti del fallito, possono eziandio valersi della facoltà a lui spettante di ricuperare la cosa, soddisfacendo il debito. — Che se poi questo creditore curi esso stesso la vendita della cosa mobile vincolata, e questa sia venduta per un prezzo eccedente il suo credito, il Tribunale estero, innanzi a cui si operò la vendita, per il concorso che dee prestare al Giudice del fallimento, dovrà versare l'eccedenza a mani dei Sindaci.

Questo è quanto era a dirsi circa a quella lotta d'interessi che il Salgado con energica espressione addimandava *labyrintha creditorum;* potrà forse nell'intricatissimo argomento essere sfuggita qualche complicazione speciale facile a presentarsi, ma i principii regolatori potranno sempre condurre ad una facile risoluzione.

Per vedere poi se il fallito sia semplicemente tale o incorra invece nella taccia di bancarottiere, se esso sia o non scusabile, se possa o non essere sottoposto all'arresto personale, se abbia o non un *beneficium competentiae* e in quali limiti gli competa, se abbia o non diritto alla *cessio bonorum* e quali ne siano le conseguenze, se si possano e con quali mezzi impugnare le sentenze pronunziate nel giudizio di fallimento, soccorrerà sempre la regola dell'Erzio che *ad legem domicilii debitoris, ubi fit concursus creditorum,*

e la Prussia riconosce espressamente al creditore con pegno o diritto di ritenzione sopra cose mobili la facoltà di non consegnarle fino ad integrale pagamento e di mantenersi pienamente estraneo al concorso.

regulariter est respiciendum. — Solo più resta a vedersi come vengano meno nella persona del fallito le ultime conseguenze della propria sventura, imprudenza o colpa.

§ 5.

Riabilitazione del fallito.

Liquidato il patrimonio del fallito, diviso e ripartito il medesimo *pro rata* fra i creditori, cessa la persona morale, e sottentrano di bel nuovo le persone individuali: ha termine la condizione speciale di cose a cui dà origine il fallimento e la giurisdizione unica ed universale, per lasciar luogo all'applicazione delle regole ordinarie di giurisdizione e di competenza.

Contuttociò certe incapacità, in cui incorre il fallito, possono ancora sopravvivere al giudizio di fallimento: la società è in diritto di non restituire senz'altro la propria fiducia a chi si dimostrò imprudente o malizioso nell'esercizio del proprio commercio. Queste ultime conseguenze del fallimento, possono essere modificate col concordato ed anche, in caso di unione, per la dichiarazione che il fallito sia scusabile, ma non scompajono intieramente che colla sentenza di riabilitazione. Questa non reca con sè nè esecuzione nè condanna, e quindi non può abbisognare di esser resa esecutoria, ma, una volta pronunziata dal Tribunale del fallimento, deve essere efficace dappertutto.

Solo può dubitarsi a questo riguardo se chi fu dichiarato fallito in uno Stato, ove esercitava il suo principale stabilimento, possa ottenere efficacemente la propria riabilitazione in altro paese.

Il Vincens (1) partendo dal concetto che la dichiarazione di fal-

(1) *Législation commerciale*, tom. 1. p. 566.

limento pronunziata da un Tribunale competente dovrebbe esser efficace dappertutto, verrebbe alla conclusione che anche il fallito possa ottenere ovunque la propria riabilitazione. — Per quanto sia vero il principio, da cui parte il Vincens, non sembra che possano ammettersi le conseguenze, a cui esso perviene. Appunto perchè la dichiarazione di fallimento fatta dal Tribunale competente dev'essere riconosciuta da tutti gli Stati, questi debbono rispettare le conseguenze d'una simile dichiarazione. Dal momento che altri è fallito in Ingbilterra, si è in conformità delle leggi inglesi e dai tribunali inglesi cbe deve essere riabilitato; senza di ciò sarebbe assai facile e favorevole alle frodi ed alla mala fede, che uno straniero od anche un nazionale fallito all'estero ricorresse, per essere riabilitato, a tribunali, che non abbiano cognizione nè della moralità, nè delle cause, nè delle circostanze che accompagnarono il suo fallimento (1).

Del resto quest'opinione è conseguenza diretta dal principio che fu posto a fondamento del lavoro, in quanto cbe se il fallimento è istituzione che interessa tutto il mondo commerciale, tutti gli Stati debbono porsi d'accordo, acciocchè le conseguenze e le incapacità che ne derivano non si trasformino in una vana parola, A ciò s'aggiunge, cbe quasi tutte le legislazioni odierne per la riabilitazione del fallito richieggono che esso abbia soddisfatti per intiero i proprii debiti, sul quale intiero soddisfacimento solo può giudicare, con cognizione di causa, il Tribunale innanzi a cui si discusse il bilancio, si valutò l'attivo ed il passivo e si venne svolgendo quel concorso di operazioni molteplici che costituisce il giudizio di fallimento.

(1) Boulay-Paty, *Faillites et Banqueroutes*, n. 666. — Massé, Op. cit. l. II, n.° 316.

CONCLUSIONE.

Dalla premessa trattazione discende ovvia l'osservazione che è carattere della legislazione commerciale di approffittarsi per la prima dei trovati dell'intelligenza e di precorrere così i progressi delle leggi civili.

Cotesto ufficio fu dalla legislazione commerciale operato in doppia guisa; — avviando, per ciò che riguarda i contratti e le transazioni, a nuovi progressi la legislazione civile in tempi in cui questa era irta di sottigliezze e di cautele: — ponendo in relazione fra di loro prima i Municipii e poscia gli Stati, e rendendo così palesi certe necessità comuni ed universali, al cui soddisfacimento non bastano le forze d'una sola nazione, ma è necessaria la cooperazione di tutte. — Fu il commercio, nella semplicità dei suoi inizii, che pose a contatto gli individui e le famiglie, avviandoli prima al Comune e poscia allo Stato: fu parimenti il commercio, nella vastità di intraprese colossali, che pose in evidenza i vincoli che stringono i varii paesi, e che rivelò la necessità d'un consorzio internazionale al di sopra delle singole nazioni. Agli Stati, che ignoravano e disconoscevano l'esistenza di una legge superiore, esso parlò dapprima il linguaggio dell'utile; ed è, sotto lo stimolo d'un interesse pubblico e privato, che strappò loro certe concessioni reciproche, che ancora non si potevano aspettare dalla autorità ed efficacia d'un precetto giuridico. Il commercio insomma in qualsiasi stadio dell'incivilimento, ebbe sempre per missione di rivelare ciò che vi ha di comune e di universale a tutti i popoli, e se in certe epoche subì anch'esso l'influenza dell'individualismo delle singole nazioni, non cessò però mai di essere lo strumento più potente ed efficace per il progresso dei principii che reggono i rapporti internazionali. Si deve in gran parte all'in-

dustria ed al commercio, se nei tempi odierni sentesi vivissima quella idea d'un'associazione universale, che finora ha spinto come uno istinto confuso, i popoli nel loro cammino; e se i diversi Stati, non potendo convenire in una identica legislazione, palesano tuttavia una tendenza costante e decisa ad accordarsi in certe norme, che, sancite dal consenso universale dei popoli, risolvano in modo uniforme i conflitti fra le varie legislazioni. Gli ostacoli tutti a questa comunione di diritto sono ben lungi dall'essere vinti: ma il passo più difficile è già compiuto, poichè i popoli più non operano unicamente dietro un'istinto confuso e sotto lo stimolo del proprio vantaggio, ma bensì per l'adempimento d'una norma giuridica, ed è grande progresso nelle cose umane l'operare per l'attuazione di un grande concetto.

In questo stato di cose, spetta alla scienza di porre in sodo i veri principii, svincolandosi dalle distiuzioni sottili che finora prevalsero; spetta ai governi d'ispirarsi al concetto d'una solidarietà comune fra i popoli, sciogliendosi una volta da quell'individualismo, che regolò quasi sempre i rapporti politici ed economici fra le varie nazioni. Questo lavoro non può compiersi d'un tratto: solo può essere il frutto d'un'elaborazione successiva che si venga operando nell'opinione pubblica universale e nelle convenzioni internazionali.

Queste intanto, per giungere a qualche utile risultato, debbono proporsi anzitutto un duplice scopo: — quello di determinare la giurisdizione dei singoli stati, accordandoli in certe norme di competenza internazionale, che siano scevre da qualsiasi concetto di privilegio o di favore verso il nazionale e di odio e diffidenza contro lo straniero, e in certe regole atte a risolvere i conflitti fra le varie legislazioni di cui già porgono utile e generoso esempio i codici di alcuni paesi: — e quello inoltre di assicurare l'autorità della cosa giudicata, sottoponendola solo a quegli esperimenti, che,

mentre proteggono l'ordine pubblico dello Stato, non si convertono in ostacoli per l'amministrazione della giustizia, nè rivelano diffidenza verso i Magistrati degli altri paesi.

Sono queste le condizioni indispensabili per attuare quell'unità ed universalità del giudizio di fallimento che fu tema al presente lavoro, a cui stimo essere acconcia conclusione il riassunto dei principii, intorno ai quali si raggruppano le molteplici questioni che si vennero trattandosi:

1. Il fallimento è instituzione universale, è l'esecuzione del debitore nell'interesse di tutti i creditori senza distinzione fra cittadini e stranieri; istituto importantissimo per il commercio di tutti i popoli non deve essere dimenticato nelle convenzioni internazionali.

2. La divisione della Repubblica universale dei popoli civili in altrettanti Stati non deve alterare l'unità ed universalità del giudizio di fallimento, il quale, tanto nei rapporti internazionali, quanto nell'interno d'uno Stato, deve sempre proporsi il medesimo intento, quello cioè di proteggere il credito, serbando l'uguaglianza fra tutti i creditori.—Anche nei rapporti fra gli Stati, deve essere unico il Tribunale del fallimento, quello cioè del domicilio del fallito, e la dichiarazione di fallimento partita da esso e fatta nota ai creditori di tutti i paesi, deve per se stessa avere dovunque l'efficacia necessaria ad impedire ogni atto, con cui si tenti di eludere l'uguaglianza e di frodare le ragioni dei creditori; solo abbisogna di esser resa esecutoria in quei paesi, in cui trovandosi beni del fallito, si debba addivenire a un vero e proprio giudizio di esecuzione.

3. Nel concorso dei creditori la parità di trattamento è l'unica norma, e la legge, che di regola deve applicarsi, quella del luogo del giudizio: solo è a farsi eccezione pei creditori, che, non avendo seguita unicamente la fede personale del debitore, si procac-

ciarono cautele reali, che per loro natura subiscono la legge della situazione dei beni sovra i quali competono; tuttavia anche nell'esercizio di tali cautele vogliońsi adottare certi temperamenti, che valgano a conciliare l'esigenze particolari del giudizio colla libertà d'azione, che non può essere niegata a quest'ordine di creditori.

Perchè questi principii, che la dottrina ancora formola con titubanza, e la giurisprudenza bene spesso disconosce, possano essere accolti nella pratica internazionale, è necessario ancora che si dileguino molti pregiudizii, che si rendono comuni e popolari molti concetti, che venga meno quella diffidenza che anche oggidì non è affatto scomparsa fra le varie nazioni. Questo sarà lavoro del tempo che sarà reso più celere e pronto da quell'incessante commercio d'idee, d'invenzioni, di prodotti, in cui trovansi oggigiorno i popoli civili. — A noi intanto basta il sapere che nella condizione presente l'arrestarsi è impossibile, e il progredire è necessità, e che quei travolgimenti stessi, in cui oggidì si travaglia l'Europa, possono essere avviamento a più splendido avvenire per il commercio e le arti della pace.

25 ottobre 1870.

INDICE